Uebertragung vormundschaftlicher Obliegenheiten auf Grund des § 32 JWG.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der

Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt a. M.

vorgelegt von

Nora Rothschild

aus Frankfurt a. M.

Zeulenroda

Bernhard Sporn, Buchdruckerei und Verlagsanstalt

1 9 3 4

Referent: Professor Dr. Wilhelm Polligkeit
Korreferent: Professor Dr. Franz Beyerle
Tag der mündlichen Prüfung: 24. Januar 1934

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 5

I. Teil:

Die vormundschaftlichen Obliegenheiten im Rahmen der Amtsvormundschaft 8

1.) Grenze zwischen privatem und öffentlichem Recht . . . 8

2.) Hoheitliche und nicht hoheitliche Verwaltung 11

3.) Zugehörigkeit der vormundschaftlichen Obliegenheiten zum privaten und öffentlichen Recht 14

4.) Begriff der vormundschaftlichen Obliegenheiten 16

5.) Anwendung der Begriffsbestimmung auf den Fall des § 39 JWG . 17

II. Teil:

Das Jugendamt 18

1.) Rechtsquellen für die Ausgestaltung des Jugendamts . . . 18

a.) Reichsrecht 18

b.) Landesrecht 20

c.) Kommunalrecht 21

α.) Satzung 21

β.) Allgemeines Kommunalrecht

d.) Allgemeines Verwaltungsrecht 24

2.) Ausgestaltung des Jugendamts 24

a.) Verhältnis zwischen Ausschuß und ausführenden Organen . 24

b.) Zuständigkeit des Ausschusses 25

c.) Zuständigkeit der ausführenden Organe 28

d.) Vertretung nach außen 29

3.) Zuständigkeit für die Uebertragung vormundschaftlicher Obliegenheiten 30

III. Teil:

Der Berufsvormund 31

1.) Die Rechtstellung des Berufsvormunds 31

a.) Organbegriff 31

α.) Organ 31

β.) Organträger 33

γ.) Organverhältnis und zu Grunde liegendes Rechtsverhältnis 33

b.) Der Berufsvormund als Organ 34

2.) Fähigkeit zur Bekleidung des Organs eines Berufsvormunds . . 35

a.) Beamte 35

b.) Mitglieder 36

c.) Außenstehende 37

3.) Jugendamt ohne Berufsvormund 39

Seite

IV. Teil:

Der Uebertragungsakt und die Stellung des Berufsvormunds im einzelnen 40
1.) Rechtsnatur des Uebertragungsaktes 40
a.) Beim Beamten 41
b.) Beim Mitglied 42
2.) Verhältnis des Berufsvormunds zum Jugendamt 43
3.) Form der Uebertragung 44
4.) Teilübertragung 44
5.) Hilfspersonen des Berufsvormunds 45
6.) Stellung des Berufsvomunds nach außen 47
Verzeichnis der benutzten Schriften 49
Lebenslauf 52

Einleitung.

Das Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt vom 9. Juli 1922 (RGBl. S. 633) brachte eine Vereinheitlichung der bisher nur landesgesetzlich geregelten öffentlichen Jugendwohlfahrt und sah zur einheitlichen Durchführung die Schaffung besonderer Jugendwohlfahrtsbehörden vor, die sich nur mit Aufgaben der Jugendpflege und Jugendfürsorge zu befassen haben. In einem stufenmäßigen Aufbau bestehen solche Behörden als Jugendämter für Stadt- und Landkreise als den unteren Verwaltungsbezirken, bei den Ländern und Provinzen als Landesjugendämter. Das im Gesetz ursprünglich als Spitze vorgesehene Reichsjugendamt trat auf Grund der Notverordnung vom 14. Februar 1924 nicht in Wirksamkeit.

Das Jugendamt — so bezeichnet das Gesetz die Jugendämter für Stadt- und Landkreise — soll den Mittelpunkt aller Arbeit an der Jugend bilden; sein Aufgabengebiet ist dementsprechend umfangreich. Ein Teil der Aufgaben ist dem Jugendamt zur eignen Durchführung übertragen, unter denen die Amtsvormundschaft als die wirksamste Form der Fürsorge für uneheliche Kinder an erster Stelle steht, während ein weiterer Teil der Aufgaben von dem Jugendamt in enger Verbindung mit der privaten Jugendwohlfahrtspflege gelöst werden soll.

Um eine von politischen Zeitströmungen, von Bekenntnis oder Weltanschauung unabhängige Erfüllung dieser Aufgaben zu sichern und die Beziehung zur privaten Jugenwohlfahrtspflege zu fördern, erschien es zweckmäßig, ein paritätisch zusammengesetztes Kollegium zu schaffen.

Die Gestaltung des Jugendamts in der Form eines Kollegiums verlangt die Prüfung der gerade auch für die hier behandelte Übertragung vormundschaftlicher Obliegenheiten im Vordergrunde stehenden Frage, wie dieses Kollegium die praktischen Arbeiten zu erledigen hat. Denn die Führung der laufenden Geschäfte kann durch ein Kollegium schon deshalb nicht erfolgen, weil es durch die größere Anzahl seiner Mitglieder dazu zu schwerfällig ist. Aus den Vorarbeiten des Gesetzes [1]) ergibt sich für die Beantwortung dieser Frage nichts, deshalb weil in den Entwürfen neben dem kollegialen Beirat noch ein Vorstand vorgesehen war. Diese Regelung der Entwürfe ging grundsätzlich dahin, daß die laufenden Geschäfte nicht vom Beirat zu führen waren, daß diesem vielmehr nur die Beratung grundsätzlicher Fragen, Aufstellung von Richtlinien, höchstens noch schwerwiegende Entscheidungen in Einzelfällen oblag; aber über die

[1]) s. § 10 E 1, Entw. des IWG, Regierungsvorlage an den Reichsrat und § 10 E II Regierungvorlage an den Reichstag, Reichstagsdrucksache 1920/22 Nr. 1666 — s. a. Friedeberg — Polligkeit Anm. 1 zu § 9.

Abgrenzung der Befugnisse des Beirats und des insbesondere für die laufenden Geschäfte zuständigen Vorstands enthalten die Entwürfe nichts, und eine Lösung brachten auch die Beratungen nicht; man entschloß sich bei diesen daher, alles der Entwicklung der Praxis zu überlassen [2]) und ließ im Gesetz die Bestimmungen über Beirat und Vorstand fallen. So kommt es, daß im JWG. das allein übrig gebliebene Kollegium dem Jugendamt gleichgesetzt ist.

Daraus also, daß das Jugendamt das Kollegium ist, daß aber ein Kollegium für die Erledigung der laufenden Aufgaben des Jugendamts ganz ungeeignet ist, ergeben sich nun Schwierigkeiten, die gerade bei der Durchführung der Amtsvormundschaft stark hervortreten. Zwar sieht das Gesetz (§ 32) vor, daß die Amtsvormundschaft meist durch einzelne dem Jugendamt angehörige Personen kraft Übertragung der Ausübung der vormundschaftlichen Obliegenheiten geführt wird; wer aber diese Übertragung vorzunehmen hat, ist aus dem Gesetz nicht ohne weiteres zu entnehmen.

Zu diesen Unklarheiten treten weitere Rechtsfragen, die der Lösung bedürfen. Das kommt daher, daß über die rechtliche Natur dieser Übertragung und weiterer in Zusammenhang damit stehender Fragen von vorneherein keine Klarheit herrschte. Selbst bei der Schaffung des Gesetzes beschäftigte man sich — wie aus den Materialien hervorgeht — fast gar nicht mit dem rechtlichen Aufbau, der Konstruktion, dieser Einrichtung. Während die praktischen Gesichtspunkte reichlich erörtert wurden, hat man die rechtlichen Grundfragen kaum gestreift, geschweige denn geklärt. Für die Lösung aller formalen Fragen kommt es deshalb verhältnismäßig wenig auf die Entstehungsgeschichte an; für die Auslegung der Vorschriften über den Aufbau des Jugendamtes spielen daher auch die Gesetzesmaterialien eine nur geringe Rolle.

Diese Geringschätzung der theoretischen Durchdringung des Stoffes, aus dem das Gesetz geformt wurde, hat sich später in der Praxis gerächt, die sich nun vor eine Reihe von Schwierigkeiten gestellt sieht, für die aus dem Gesetz nur schwer, z. T. gar keine Lösung zu finden ist.

Die Aufgabe der vorliegenden Untersuchung soll nun sein, sich mit diesen Schwierigkeiten zu beschäftigen und eine Beantwortung der Fragen zu versuchen, die sich aus der Übertragung vormundschaftlicher Aufgaben ergeben. Diesem Zweck entsprechend kommt es nicht auf die Erörterung materiellen Jugendrechts an, sondern nur der formalen Ausgestaltung der Amtsvormundschaft.

Bei einer solchen theoretischen Untersuchung führt der Weg auch notwendig auf allgemeine Fragen des Verwaltungsrechts. Hierbei stößt man aber auf die Schwierigkeit, daß im öffentlichen Recht die allgemeinen Lehren nicht in der Weise feststehen wie im bürgerlichen Recht. Da das öffentliche Recht und insbesondere das Ver-

[2]) Vgl. die Stellungnahme eines Regierungsvertreters bei der Beratung im Reichstagsausschuß, der befürchtete, daß man durch die Festlegung der Verwaltungsorgane der Entwicklung vorgreife und sie beenge. Reichstagsdrucksache 1 1920/22 Nr. 1666.

waltungsrecht als Wissenschaft noch jung ist[3]), fehlt es an einer einheitlichen systematischen Erfassung[4]). So kommt es, daß über grundlegende Fragen häufig außerordentlich starke Meinungsverschiedenheiten vorhanden sind. Es würde über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinausgehen, in jedem Fall, in dem es auf allgemeine Fragen des öffentlichen Rechts ankommt, eine vollständige Darstellung der Lehrmeinungen zu bringen und sie zu erörtern. Mit Rücksicht auf den praktischen Zweck der Arbeit, zu der Klärung der formalrechtlichen Fragen des Jugendrechts einen Beitrag zu liefern, muß meistens eine kurze Darstellung der wesentlichen Ergebnisse der neueren Wissenschaft oder auch ein Hinweis auf andere Lehrmeinungen genügen.

Die Reihenfolge der zu behandelnden Fragen ergibt sich ohne weiteres aus der Natur der Sache: Um etwas über die Rechtsnatur der Übertragung aussagen zu können, ist es notwendig, zunächst den Gegenstand der Übertragung, die vormundschaftlichen Obliegenheiten in rechtlicher Hinsicht zu bestimmen. Da es bei näherer Betrachtung der Übertragung auf das Verhältnis der Übertragung zu dem, dem übertragen wird, ankommt, ist an zweiter Stelle die Stellung dieser beiden beteiligten Personen zu untersuchen, d. i. das Jugendamt und der Berufsvormund und daran schließt sich die Erörterung der Rechtsnatur des Übertragungsaktes selbst und seiner wesentlichen Folgen an.

---

[3]) Otto Mayer I. Band § 11 I Seite 114.

[4]) und an entsprechenden Darstellungen des öffentlichen Rechts; denn auch die allgemeinen Lehrbücher des Verwaltungsrechts haften noch allzusehr an einzelnen Erscheinungen. Selbst die Ansätze zu Darstellungen der allgemeinen Lehren des öffentlichen Rechts wie Friedrichs und Kormann machen sich davon noch nicht frei.

I. Teil.

Zunächst soll also der Gegenstand der Übertragung bestimmt werden. Dabei handelt es sich um die Abgrenzung des Begriffs „vormundschaftliche Obliegenheiten". Bevor aber dieser Begriff näher bestimmt werden kann, ist festzustellen, welchem Rechtsgebiet er entstammt, dem des privaten oder des öffentlichen Rechts. Denn die Klärung dieser Frage ist zur vollständigen rechtlichen Erfassung notwendig und bedarf besonderer Berücksichtigung, da ihre Beantwortung sich keineswegs von selbst versteht. Vielmehr sind zunächst gewisse Anhaltspunkte für die Zugehörigkeit zu jedem der beiden Rechtsgebiete vorhanden: für die Zugehörigkeit zum Privatrecht spricht die Tatsache, daß wir es mit Vormundschaft zu tun haben, für die Zugehörigkeit zum öffentlichen Recht der Umstand, daß es sich dabei um die Tätigkeit einer Behörde handelt.

1.) Bei der Untersuchung, welchem der beiden Rechtsgebiete die vormundschaftlichen Obliegenheiten angehören, stoßen wir auf die Schwierigkeiten, daß die Grenze zwischen den beiden Gebieten in der Wissenschaft nicht feststeht. In neuerer Zeit ist sogar versucht worden, den Unterschied der beiden Rechtsgebiete gänzlich zu leugnen [5]). Aber diese Behauptung kann trotz ihrer eingehenden theoretischen Begründung von Kelsen de lege lata keine Geltung beanspruchen, weil das geltende Recht einen Unterschied zwischen privaten und öffentlichen Rechtsverhältnissen macht. (Ihre Bedeutung de lege ferenda muß hier außer Betracht bleiben.) Das ergibt sich einmal aus vielen Gesetzesstellen, in denen von öffentlicher Gewalt, öffentlichem Amt die Rede ist [6]). Ausdrücklich spricht Art. 55 EGBGB. von „privatrechtlichen Vorschriften".

Weiter wird das Vorhandensein dieses Unterschieds durch die verschiedene Behandlung bestätigt, die den Rechtsgeschäften des Staats und der Privaten im Rechtsverkehr zuteil wird. So kommt öffentlicher Glauben nur amtlichen Eintragungen und Urkunden zu (ZPO § 415). Auch zieht die Fehlerhaftigkeit eines Staatsaktes seine Nichtigkeit nur in seltenen Fällen nach sich, während die Gültigkeit eines privaten Rechtsgeschäfts viel leichter durch Mängel beeinflußt wird [7]). Auch von den obersten Gerichten ist wohl nie in Zweifel gezogen worden, daß eine Trennung der beiden Gebiete besteht. Vielmehr ist sie in zahllosen Entscheidungen [8]) als bestehend anerkannt. Deshalb steht auch die Mehrheit der Rechtslehrer auf dem

---

[5]) Kelsen § 17 Seite 80 und in AOeR; Weyer, insbesondere Seite 556 ff u. 568 ff.

[6]) STGB § 31, 33 ff, 132 dazu Frank Anm. II 2 zu § 31. Art. 131 RV. — Diese Wendung ist gebraucht, um den Gegensatz der staatlichen Gewalt gegenüber dem Privaten zu kennzeichnen.

[7]) Walter Jellinek § 2 I 1a Seite 20 und § 11 IV S. 268.

[8]) Z. B. Reichsgericht 127, 258; 128, 138.

gleichen Standpunkt[9]). Zweifelhaft bleibt nur, wo die Grenze zu ziehen ist.

Das Römische Recht[10]) und im Anschluß daran Dernburg[11]) gingen von dem geschützten Interesse aus. Eine Rechtsnorm, die bestimmt sei, die Belange eines einzelnen zu schützen, sei privatrechtlich, eine solche dagegen, die dem Schutz staatlicher Belange diene, soll öffentlichrechtlich sein. Dieser Ansicht wird mit Recht entgegen gehalten[12]), daß häufig durch Einrichtungen, die zweifellos öffentlichrechtlich sind, Einzelinteressen geschützt, z. B. durch die Strafgerichtsbarkeit das Eigentum (StGB § 242). Andererseits finden sich auch im Privatrecht Schutzvorschriften zugunsten der Interessen der Allgemeinheit. Dahin gehören alle Normen, die mit Rücksicht auf das „öffentliche Interesse" zwingenden Rechts sind, z. B. 138 BGB. Das Versagen der sogenannten Interessentheorie rührt daher, daß im modernen Staate die Interessen des einzelnen und der Allgemeinheit nicht stets als Gegensatz gedacht werden, sondern weitgehend zusammenfallen. Das ist z. B. in Art. 153 Abs. III RV. deutlich ausgesprochen.

Nach herrschender und m. E. richtiger Ansicht ist das Merkmal für die Scheidung in öffentliches und privates Recht in der Person der Beteiligten zu suchen. Das wird oft in der Weise zum Ausdruck gebracht, daß man sagt, im Privatrecht treten die einzelnen als Gleichberechtigte einander gegenüber, im öffentlichen Recht aber der Staat und der Untertan als über- und untergeordnet[13]). Es besagt im Grund das Gleiche, wenn andere als Kennzeichen des öffentlichen Rechts angeben, daß hier der Staat als Hoheitsperson, als Obrigkeit oder Herrscher auftrete[14]). Damit wird zugleich der Grund für die Besonderheit des öffentlichen Rechts angegeben: Weil der Staat eine Herrschaft über seine Untertanen ausübt, tragen seine Beziehungen zu ihnen die Merkmale eines Gewalthabers an sich. Daher ist das öffentliche Recht durch Anwendung von Zwang, Befehl, Eingriffe in die Rechtssphäre der einzelnen, öffentlichen Glauben als allgemeinverbindliche Anerkennung von Staatsakten gekennzeichnet. Freilich dürfen im Rechtsstaat alle derartigen Maßnahmen nur auf Grund Gesetzes vorgenommen werden.

Wir sehen also, daß das öffentliche Recht durch das Auftreten des Staates gekennzeichnet wird. Daher sind alle Beziehungen öffentlich-rechtlich, an denen der Staat beteiligt ist.

Zwei Punkte sind bei dieser Feststellung noch klar zu legen: Erstens ist es richtiger zu sagen „beteiligt" als „Partei ist". Denn es gibt auch öffentlichrechtliche Beziehungen zwischen Untertanen.

---

[9]) So namentlich Otto Mayer Seite 118, Friedrichs Seite 389 ff, Georg Jellinek Seite 383 ff, Walter Jellinek § 3 IV 2 Seite 45 ff, Fleiner § 4 insbesondere Seite 47 Anm. 6, Koelreutter, Seite 265.

[10]) Inst. I, 1, 4. D. (Ulpian) I, 1, 1, 2.

[11]) § 17 I Seite 49. Ders. Pandekten § 21, Seite 45.

[12]) z. B. von Kelsen AOeR Seite 78. Friedrichs S. 390 Anm. 3.

[13]) Georg Jellinek Seite 384; Fleiner § 4, 1 Seite 45.

[14]) Friedrichs, Seite 391. „Die Befehlsgewalt als Merkmal".

Hier ist der Staat nicht Partei. Trotzdem gehören sie dem öffentlichen Recht an, weil sie im Hinblick auf den Staat bestehen und Rechte und Pflichten gegenüber dem Staate zum Gegenstand haben. Fleiner [15]) spricht hier von Gesamtverhältnissen. Man denke auch an den Schiedsvertrag, durch den die staatliche Gerichtsbarkeit beschränkt wird; allerdings ist es nicht unbestritten, ob er öffentlichrechtlich ist. [16]) Doch spielen solche öffentlichrechtliche Beziehungen zwischen Untertanen nur eine geringe praktische Rolle, und sie können daher im folgenden außer Betracht bleiben.

Zweitens sei noch erwähnt, daß dem Staat in diesem Zusammenhang alle anderen öffentlichrechtlichen Körperschaften gleich stehen, weil sie ihre obrigkeitliche Stellung nicht aus eigener Macht besitzen, sondern vom Staate herleiten.

Die soeben aufgestellte Regel: Oeffentlichrechtlich sind alle Beziehungen, an denen der Staat beteiligt ist, muß aber eine Einschränkung erfahren. Denn wir sehen, daß der Staat häufig seinen Untertanen als gleichberechtigt gegenübertritt, keinen Zwang anwendet, sondern wie ein Privatmann mit ihnen verkehrt. Er schließt Handelsgeschäfte ab wie ein Kaufmann, nimmt vor seinen eigenen Gerichten Recht wie ein Untertan. In diesen Fällen untersteht der Staat dem Privatrecht. Wie soll man nun feststellen, wann der Staat öffentlichrechtlich, wann privatrechtlich auftritt? Auf theoretischem Wege kann eine befriedigende Antwort nicht gefunden werden. Denn es steht dem Staate frei, ob er seine Zwecke auf dem einen oder anderen Wege erreichen will. So steht es in seinem Belieben, ob er, um Land zu erwerben, sich der privatrechtlichen Form des Kaufvertrages oder der öffentlichrechtlichen der Enteignung bedienen will. Für ihn sind allein Zweckmäßigkeitserwägungen maßgebend, in welchem Umfang er von seiner hoheitlichen Stellung Gebrauch macht, doch spielt dabei der Einfluß geschichtlicher Entwicklung eine bedeutende Rolle. Es lassen sich keine Tätigkeiten feststellen, bei denen er begriffsnotwendig öffentlichrechtlich oder privatrechtlich handeln müßte. Maßgebend ist allein die Regelung durch das positive Recht. Es bleibt daher in jedem Fall die Untersuchung notwendig, ob der Staat bei Erledigung einer bestimmten Aufgabe von seinen Machtmitteln Gebrauch macht, mit anderen Worten, ob er hoheitlich und also öffentlichrechtlich auftritt oder ob er auf seine Vorrangstellung verzichtet und sich dem Privatmann gleichstellt.

Aus dem Umstand, ob über ein Rechtsverhältnis im Streitfall von den Zivil- oder Verwaltungsgerichten zu entscheiden ist, kann kein Schluß auf die rechtliche Natur des Verhältnisses gezogen werden; denn auch manche öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnisse sind aus besonderen Gründen den ordentlichen Gerichten zur Entscheidung zugewiesen. Wenn diese Verhältnisse nun zu den „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten" gerechnet werden (§ 13 GVG, §§ 3 und 4 I EGZPO), so soll damit keineswegs ihre öffentlichrechtliche Natur in

[15]) § 4 I, Seite 48.

[16]) Bejaht von Stein-Jonas Anm. I, 1 zu § 1025; Seuffert Walsmann Anm. a zu § 1025, verneint von Wach § 7 III, Seite 67; Baumbach Anm. 1 A zu § 1025.

Zweifel gezogen werden. Vielmehr ist in jenen Gesetzesstellen „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten" in einem rein formalen Sinne gebraucht [17]).

Doch bildet es, wie Fleiner [18]) hervorhebt, die Regel, daß der Staat in der ihm eigentümlichen Weise handelt. Man darf also vermuten, daß, wo der Staat beteiligt ist, es sich um ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis handelt. Das Ergebnis läßt sich in dem Satz zusammenfassen: Öffentlichrechtlich sind alle Beziehungen, an denen der Staat beteiligt ist, es sei denn, daß er auf seine Vorrangstellung verzichtet hat.

2.) Innerhalb des öffentlichen Rechts wird vielfach zwischen hoheitlicher und nicht hoheitlicher Tätigkeit des Staates unterschieden. Diese Unterscheidung, die aus dem Beamtenrecht stammt [19]), hat in anderen Rechtsgebieten und auch auf dem des JWG Eingang gefunden [20]). Für die rechtliche Beurteilung der vormundschaftlichen Obliegenheiten ist es von Bedeutung festzustellen, was unter jener Unterscheidung zu verstehen und ob etwa eine Zuteilung dieser Aufgaben an das eine oder andere Verwaltungsgebiet geboten ist.

Um den Sinn dieser Unterscheidung zu verstehen, ist es nötig, auf die Entstehung dieses Problems einzugehen. Es spielt außerdem im folgenden behandelten wichtigsten Fall auch bei der Amtshaftung eine Rolle.

Im Beamtenrecht tauchte die Frage auf, ob jemand, der durch privatrechtlichen Dienstvertrag bei einer öffentlichrechtlichen Körperschaft angestellt war, durch Ausübung der gleichen Tätigkeit wie der eines Beamten nicht selbst zum Beamten werde. Bei der Entscheidung ist das Reichsgericht offenbar von der Erwägung ausgegangen, daß gewisse staatliche Funktionen nur von Organen [21]) ausgeübt werden könnten und daß Organe stets Beamte sein müßten. Dies führt notwendig dazu, daß Staatsakte, die von Nichtbeamten ausgeführt werden, ungültig sind, weil ein Staatsakt nur von dem Staat durch Vermittelung eines staatlichen Organs vorgenommen werden kann. Will man diese logische Folge vermeiden, so bleibt als Ausweg nur übrig, dem privatrechtlich Angestellten, der

---

[17]) Siehe darüber Stein, Grenzen, Seite 24; im Ergebnis ebenso Friedrichs, Seite 357.

[18]) § 4, 3 Seite 60.

[19]) Georg Jellinek (Seite 622 und ebenso Fleiner § 8 Seite 120) spricht auch von dieser Einteilung, versteht aber etwas anderes darunter als es im Beamtenrecht und sonst üblich ist. Er trennt von der eigentlichen Verwaltung die produktive Staatstätigkeit und stellt den polizeilichen, fürsorgerischen und ähnlichen Aufgaben, die er für hoheitlich erklärt, die staatlichen und gemeindlichen Unternehmungen, wie Gas-, Wasser- und Elektrizitätswerke gegenüber. Hoheitliche Akte aber können auf beiden Gebieten vorkommen, nur die Zweckmäßigkeit mag bei den wirtschaftlichen Unternehmungen für privatrechtliche Ausgestaltung sprechen. Es handelt sich dabei nicht um eine juristische, sondern wirtschaftliche Unterscheidung, die hier außer Betracht bleibt.

[20]) Siehe JFG 8, 63. Friedeberg-Polligkeit Anm. 2 § 11.

[21]) Genauer wäre es, schon hier zwischen Organträger oder -walter zu unterscheiden. Siehe darüber unten III, 1a β.

dauernd und hauptamtlich mit Willen seines Vorgesetzten [22]) Staatsakte vorgenommen hat, zum Beamten zu stempeln. Denn nach dieser Auffassung liegt es „im inneren Wesen der Sache", daß der, dem die Befugnis zur Ausübung von Hoheitsakten übertragen ist, Beamter werde [23]). Vom Preußischen Oberverwaltungsgericht ist diese Ansicht des Reichsgerichts stets bekämpft worden [24]). Dabei wurde es nötig, diejenigen staatlichen Funktionen festzustellen, die ein Handeln durch Organe erforderten. Das mußten diejenigen sein, die für das Wesen des Staates so eigentümlich waren, daß sie bei anderen Personen nicht vorkommen können. So kam es zur Sonderung der hoheitlichen von der nicht hoheitlichen Staatstätigkeit, die in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zu einer Fülle von Einzelentscheidungen geführt hat [25]). Doch haben sich bei der Anwendung dieses begrifflichen Unterschieds im Einzelfall erhebliche Schwierigkeiten gezeigt, wie aus der angeführten Rechtsprechung zu ersehen ist. Auch die Versuche, für die hoheitliche Verwaltung eine allgemeine Formel aufzufinden, haben keine Klarheit gebracht. So ist die von Brand [26]) im Anschluß an die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts (OVG 20, 39) gewählte Fassung so unbestimmt, daß ein praktisches Arbeiten damit nicht möglich ist. Das gleiche gilt für Walter Jellineks [27]) Darlegungen.

Diese Unklarheit rührt m. E. daher, daß man einen falschen Ausgangspunkt gewählt hat. Man wollte bestimmte Aufgaben g e b i e t e als hoheitliche von den übrigen trennen. Nun gibt es aber kein Gebiet der Staatstätigkeit, bei dem nicht auch eine ganze Reihe technischer und untergeordneter Arbeiten zu verrichten ist (z. B.: Schreibarbeiten). Andrerseits kann es aber auch in den Verwaltungszweigen, in denen regelmäßig nur technische Arbeiten zu verrichten sind, gelegentlich zu Gewaltanwendung und Eingriffen in die Rechtssphäre Dritter kommen, Das wird zwar nur selten, in Ausnahmefällen vorkommen, weil die Aufgaben so beschaffen sind, daß für Anwendung der staatlichen Machtmittel kein Bedürfnis besteht. Aber es ist wichtig, sich vor Augen zu halten, daß für die gesamte öffentlichrechtliche Staatstätigkeit die staatlichen Machtmittel zur Verfügung stehen. Es ist lediglich Frage der Zweckmäßigkeit und des praktischen Bedürfnisses, wann und in welchem Umfang sie angewandt werden [28]). Bei Ausübung der Polizeigewalt wird von der Befugnis zur Anwendung der staatlichen Machtmittel natürlich ein viel weit-

[22]) Gutachten des Archivs Deutscher Berufsvormünder in RBr V, 60, siehe Seite 65.

[23]) Siehe RG 125, 420. Vgl. auch RG 134, 19.

[24]) Z. B. in PVBl. 42, 427

[25]) Siehe unter anderen RG 84, 368; 108, 419; 112, 128; 134, 32 u. RG v. 24. XI. 31 i. Rbr. VIII, 234.

[26]) Brauchitsch VIII — Brand, Seite 11 „Obrigkeitliche Funktionen sind solche, die in die Verfassung des Staates organisch eingreifen und Zwecke zu erfüllen haben, die in direkten Beziehungen zu den Staatsaufgaben stehen."

[27]) § 2 I 1, Seite 21 ff.

[28]) Siehe dazu Walter Jellinek § 2 I 1b, Seite 22.

gehenderer Gebrauch gemacht als zum Beispiel bei der Bautätigkeit. Daß es aber auch hier vorkommen kann, zeigt sich in der Befugnis zur Enteignung zwecks Anlegung von Grünflächen [29]). (Ein Moment, das Walter Jellinek a.a.O. offenbar außer Acht läßt, wenn er Städtebau mit besonderer Betonung der Anlegung von Grünflächen zu den nichthoheitlichen Funktionen rechnet.) Es ist danach nicht richtig, den Unterschied zwischen hoheitlich und nicht hoheitlich in den einzelnen Gebieten der Verwaltung zu suchen. Es lassen sich vielmehr nur hoheitliche Mittel oder Maßnahmen feststellen, die auf jedem Gebiet der Verwaltung vorkommen können. Als solche sind die Maßnahmen anzusehen, die dem Staat infolge seiner Herrscherstellung zustehen, nämlich Gewaltanwendung, Eingriff in die Rechtssphäre Dritter, öffentlicher Glauben. Diese sind hoheitlich. Dagegen können alle Mittel, die auch dem Privatmann zur Verfügung stehen, als nicht hoheitlich bezeichnet werden. Wir haben es also mit den gleichen Erscheinungen zu tun, die für den Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht maßgebend waren. Wollte man wirklich sämtliche Gebiete, auf denen es zur Anwendung staatlicher Machtmittel kommen kann, aussondern, so käme man wieder auf die Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht zurück.

Aus diesen Gründen ist es m. E. z. B. nicht richtig zu sagen, die Fürsorge sei hoheitlich. Nur einzelne Maßnahmen innerhalb der Fürsorge wie etwa bei dem vom Reichsgericht [30]) behandelten Fall, das Eingreifen in persönliche Verhältnisse im Pflegekinderwesen kann hoheitlich sein.

In den Entscheidungen des Reichsgerichts ist zwar auch teilweise von Befugnissen hoheitlicher Art die Rede, aber seinem Gedankengang liegt doch regelmäßig die Vorstellung zugrunde, bestimmte Gebiete der Verwaltung oder Aufgabenkreise seien hoheitlich; dies wird besonders deutlich in der Entscheidung im 106. Band (Seite 17) ausgesprochen, in der es heißt „Eigenart des Beschäftigungskreises". Auch Köttgen (siehe S. 28), der die reichsgerichtliche Rechtsprechung z. T. aus denselben Gründen wir hier mißbilligt, kann sich von jener Vorstellung noch nicht frei machen.

Daß man überhaupt den Unterschied in den Gebieten gesucht hat, erklärt sich wohl nur daraus, daß das Reichsgericht von bestimmten Anschauungen ausgegangen ist, die man heute kaum mehr als zutreffend anerkennen würde. Dazu ist einmal die Auffassung zu rechnen, daß es gewisse staatliche Funktionen gibt, die nur von Organen wahrgenommen werden können, während es m. E. der modernen Anschauungsweise besser entspricht, daß grundsätzlich alles Handeln für den Staat auf organschaftlicher Vertretung beruht. Deshalb erscheint eine Absonderung bestimmter Tätigkeitsgebiete, die den Organen vorbehalten sein müßten, nicht geboten.

Außerdem ist es nicht begriffsnotwendig, daß alle ausführenden Organe der Verwaltung Beamte sein müssen. Es ist vielmehr denk-

[29]) Fluchtliniengesetz § 11.
[30]) RG 138, 316.

bar, daß die Organstellung unabhängig von einem Beamtenverhältnis begründet werden kann. So legt Köttgen (Seite 29) überzeugend dar, daß „Amtsübertragung" und „Anstellung" begrifflich zu trennen sind und praktisch nicht immer zusammenfallen. In seiner Begründung kommt er den unten [31]) wiedergegebenen Gedankengängen Wolffs [32]) nahe, der klarlegt, daß zwischen Organ und Staat ein besonderes öffentlichrechtliches Verhältnis unabhängig von dem Beamten- oder Privatdienstverhältnis besteht. Aus diesen Gründen ist m. E. für die Entscheidung jener beamtenrechtlichen Frage ohne Trennung in hoheitliche und nicht hoheitliche Verwaltung aus zu kommen.

Auch für die Frage der Amtshaftung wird eine Lösung ohne jene Unterscheidung zu finden sein. Man sollte Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 131 RV. stets dann annehmen, wenn der Beamte hoheitliche Maßnahmen angewandt hat.

Das Ergebnis der bisherigen Betrachtungen ist die Bestimmung der Grenzen zwischen öffentlichem und privatem Recht und die Feststellung, daß es innerhalb des öffentlichen Rechts keine Unterscheidung in hoheitliche und nicht hoheitliche Gebiete gibt.

Wenn wir uns nun zur rechtlichen Qualifikation des Begriffes der vormundschaftlichen Obliegenheiten wenden, kommt es nur darauf an, ob er in das Gebiet des öffentlichen oder des privaten Rechts gehört.

3.) Bei der Wahrnehmung vormundschaftlicher Obliegenheiten im Rahmen der Amtsvormundschaft handelt es sich um Staatstätigkeit, oder genauer gesagt, um die Tätigkeit einer öffentlichrechtlichen Körperschaft, einer Gemeinde oder eines Gemeindeverbandes. Es spricht also nach der oben festgestellten Regel eine Vermutung für die Zugehörigkeit zum öffentlichen Recht. Da nun in der öffentlichen Fürsorge, zu der die vormundschaftlichen Obliegenheiten des Jugendamts als Amtsvormund als ein Teil der öffentlichen Jugendhilfe (§ 2 JWG) gehören, Anwendungen von hoheitlichen Maßnahmen vorkommen, ist sie vom Reichsgericht zu Recht als öffentlich-rechtlich anerkannt worden [33]).

Doch begegnen wir bei der Amtsvormundschaft zugleich einem Fall, in dem eine öffentlich rechtliche Körperschaft auf ihre Vorrangstellung verzichtet hat. Wo sie nämlich im Rechtsverkehr als Vormund auftritt, unterscheidet sie sich nicht von einer Privatperson. Auf ihre Handlungen findet grundsätzlich das BGB Anwendung, wenn auch mit gewissen Ausnahmen, siehe § 33 JWG. Die öffentliche Körperschaft untersteht als Vormund sogar der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts. Allerdings sind mit Rücksicht auf die besonderen Garantien, die eine Behörde bietet, die Aufsichtsbefugnisse eingeschränkt. Wir sehen hier also einen öffentlichrechtlichen

[31]) III 1a β.

[32]) 2. Band zweiter Abschnitt, 2. Kapitel II. Juristische Theorie der Organschaft.

[33]) RG. 102, 32; 138, 316 und ausdrücklich für die Aufgaben des Berufsvormundes 132, 259; dazu F. Rothschild in ZBl. XXI, 231.

Verband als Inhaber privater Rechte und Pflichten, als Inhaber eines privatrechtlichen Amtes.

„Amt" besagt hier nicht mehr als ein abgegrenzter Kreis von Rechten und Pflichten, die zur Wahrnehmung fremder Interessen gewährt sind. Diese Bezeichnung ist unbedenklich, da sie im Gesetz selbst gebraucht ist [34]). Das Amt ist privatrechtlich, wenn auch seine Begründung beim Einzelvormund durch einen öffentlichrechtlichen Akt, die Bestellung durch das Gericht, erfolgt und auch die Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts wie Aufsicht und Genehmigung, Streitentscheidungen zwischen Mitvormündern dem öffentlichen Recht angehören [35]).

Das privatrechtliche Auftreten einer Gemeinde ist an sich nicht befremdlich; denn wir haben gesehen, daß es ihr wie dem Staate freisteht, ihre Zwecke auch mit privatrechtlichen Mitteln zu verfolgen. Während aber sonst von dieser Möglichkeit regelmäßig nur Gebrauch gemacht wird, wenn eigene Zwecke, also unmittelbar staatliche oder gemeindliche wahrgenommen werden, dient die Amtsvormundschaft — und darin liegt die Besonderheit — den Belangen schutzbedürftiger natürlicher Personen, also nur mittelbar öffentlichen Zwecken. Der Grund für diese Besonderheit liegt allein in der geschichtlichen Entwicklung. Man wollte nicht neben die bestehende privatrechtliche Vormundschaft eine neue öffentlichrechtliche stellen. Zudem war die Sammelvormundschaft, aus der die Amtsvormundschaft hervorgegangen ist, noch rein privatrechtlich. Die Überleitung vollzog sich am einfachsten, wenn man an der bestehenden Form nichts änderte und nur den Inhaber des vormundschaftlichen Amtes wechselte. So erklärt es sich, daß eine so wichtige Aufgabe der öffentlichen Fürsorge wie die Unehelichenfürsorge im wesentlichen mit privatrechtlichen Mitteln erfüllt wird. Es ist daran festzuhalten, daß die einzelne Amtsvormundschaft privatrechtlich ist, während alle übrige Tätigkeit des Jugendamts, soweit sie sonst zur Erfüllung vormundschaftlicher Obliegenheiten ausgeübt wird, öffentlichrechtlich bleibt. Daß es auch außerhalb der einzelnen Vormundschaft Aufgaben gibt, die unter den Begriff der vormundschaftlichen Obliegenheiten fallen, werden wir sogleich sehen.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß die vormundschaftlichen Obliegenheiten als Tätigkeit einer öffentlichrechtlichen Körperschaft, nämlich der durch das Jugendamt vertretenen Errichtungsgemeinde, in das öffentliche Recht gehören, aber mit der Besonderheit, daß die Ausführung dieser öffentlichrechtlichen Aufgaben weitgehend mit privatrechtlichen Mitteln erfolgt. Aus diesen Gründen ist es zutreffend, daß, wie in dem Gutachten des Archivs Deutscher Berufsvormünder (Rbr V, 280) gesagt ist, der Berufsvormund öffentlichrechtliche Verrichtungen ausübt.

---

[34]) Siehe §§ 1854, 1885 ff BGB, dazu RGSt 39, 204 u. Siméon-David I, 2 § 133, 1, Seite 418.

[35]) vgl. Dernburg IV § 104, I Seite 370; Kipp-Wolff § 109 I, Seite 442.

4.) Bei der Bestimmung dieses Begriffs ist man bisher stets von der einzelnen Vormundschaft ausgegangen [36]). Hier liegt die Auffassung zugrunde, daß „vormundschaftliche Obliegenheiten" mit der Summe der einzelnen Amtsvormundschaften gleich zu setzen ist. Bei der Anwendung dieser Begriffsbestimmung — die zwar nicht mit diesen Worten, aber dem Sinne nach feststand — sind aber keine befriedigenden Ergebnisse erzielt worden. Das rührt m. E. daher, daß die einzelne Vormundschaft nicht der richtige Ausgangspunkt zur Gewinnung des Begriffes ist. Man wird der Sachlage wohl gerechter, wenn man sich die gesamten Aufgaben des Jugendamtes vor Augen hält und aus ihnen die vormundschaftlichen Obliegenheiten absondert. Es kommt also darauf an, eine Abgrenzung zu der sonstigen Tätigkeit des Jugendamtes vorzunehmen. Zum vormundschaftlichen Aufgabenkreis gehören außer den einzelnen Vormundschaften auch diejenigen Handlungen, die das Jugendamt vorzunehmen hat, um die Durchführung seiner amtsvormundschaftlichen Aufgaben zu ermöglichen. Eine solche Hilfsmaßnahme ist z. B. die Befugnis, Rechtshilfeersuchen an andere Behörden in amtsvormundschaftlichen Angelegenheiten zu richten. Dabei handelt es sich um eine Maßnahme, die nicht aus der einzelnen Vormundschaft hervorgeht; denn das Recht dazu steht dem Einzelvormund nicht zu, weil es nicht dem Privatrecht angehört. Dazu gehört auch die Beistandspflicht des Vormundschaftsgerichtes im Sinne des Aufsatzes von F. Rothschild [37]) [38]).

Wir sehen also, daß zu den vormundschaftlichen Obliegenheiten auch vormundschaftliche Handlungen gehören können. Der Kreis der Aufgaben, den die vormundschaftlichen Obliegenheiten, auch abgesehen von der einzelnen Vormundschaft ausmachen, ist nicht positiv zu erfassen. Es lassen sich nur die theoretisch und praktisch wichtigen Aufgaben nennen, wie das erwähnte Rechtshilfeersuchen und die sogleich näher zu erörternden Übernahmeerklärungen des § 39 JWG. Sie bilden einen unselbständigen Teil der vormundschaftlichen Obliegenheiten. Die Zusammenfassung dieses Teils mit der Summe der einzelnen Vormundschaften gibt uns erst den Begriff der vormundschaftlichen Obliegenheiten. Er ist dahin zu bestimmen: Vormundschaftliche Obliegenheiten sind alle Aufgaben, die dem Jugendamt aus seiner Stellung als Amtsvormund erwachsen. Da sie einen Teil der Fürsorge bilden, gehören die vormundschaftlichen Obliegenheiten begrifflich ins öffentliche Recht, doch mit der Einschränkung, daß die einzelne Vormundschaft privatrechtlich ist.

---

[36]) Friedeberg-Polligkeit, Anm. 4 zu § 32, Seite 313; Heß, Anm. 6 zu § 32; Fichtl, Anm. 6 zu § 32 durch Verweisung auf BGB § 1793 ff, dem Abschnitt über die Führung der Vormundschaft; Runderlaß des Pr. Min. f. Volkswohlfahrt vom 17. 12. 1931, abgedruckt in Rbr VII 288 ff. siehe III, S. 291. OLG Frankfurt a./M. vom 29. 3. 1928 abgedruckt in Rbr IV, 28. Siehe Seite 29. (Künftig angeführt OLG Frkf.) LG Dortmund vom 8. 10. 1929, abgedruckt in Rbr V, 278, siehe Seite 280 (künftig angeführt LG Drtm.).

[37]) In Fürsorge als persönliche Hilfe Abschnitt 6, Seite 78.

[38]) Dagegen gehört nicht hierzu die Einwilligung zur Ehelichkeitserklärung nach § 1706 BGB, weil sie sich aus der einzelnen Vormundschaft ergibt.

Durch diese Begriffsbestimmung ist die Abgrenzung zu der übrigen Tätigkeit des Jugendamtes festgestellt. Nicht zu den vormundschaftlichen Obliegenheiten gehört u. a. die Anhörung des Jugendamts nach § 43 JWG [39]). Denn dies Recht (und Pflicht) leitet seinen Ursprung nicht aus der Amtsvormundschaft des Jugendamts her, sondern entspringt aus der Unterstützungstätigkeit, die ihm im Verhältnis zum Vormundschaftsgericht auferlegt ist. Zu den vormundschaftlichen Obliegenheiten gehören nicht alle Aufgaben, die aus den Beziehungen zum Vormundschaftsgericht entstehen, sondern nur diejenigen, die sich aus der Amtsvormundschaft des Jugendamts ergeben.

Die hier gegebene Begriffsbestimmung steht zwar nicht mit der Entstehungsgeschichte im Einklang. Doch ist sie mit dem Wortlaut des Gesetzes zu vereinbaren. Auch fügt sich dieser Begriff zwanglos in den gesamten Aufbau des Gesetzes ein, das auch sonst von der Trennung in einzelne Aufgabengebiete ausgeht.

5.) Die praktische Verwendbarkeit läßt sich an einem Beispiel zeigen, das zu vielen Meinungsverschiedenheiten und widersprechenden Entscheidungen geführt hat: Kann der Berufsvormund (oder beauftragte Amtsvormund) die nach § 39 JWG erforderlichen Erklärungen zur Abgabe und Übernahme einer Amtsvormundschaft abgeben? Genauer gesagt: Ist er zum Abschluß des Übernahmevertrages [40]) legitimiert? [41]) Das Bedürfnis der Praxis fordert die Bejahung dieser Frage. Da diese Erklärung aber nicht unter den üblichen Begriff der vormundschaftlichen Obliegenheiten fällt, durfte man § 32 hier nicht anwenden. Um zu helfen, sind verschiedene Auswege versucht worden. Vor allem hat man eine Übertragung auf Grund des § 11 vorgenommen [42]), obwohl Zweifel aufgetaucht sind, ob die Befugnis zur Abgabe dieser Erklärung überhaupt übertragen werden kann [43]). Außerdem bestehen gegen die Anwendung des § 11 auf den Berufsvormund noch in anderer Hinsicht rechtliche Bedenken, von denen noch in anderem Zusammenhang zu sprechen ist [44]). Auch hat man eine verschiedene Behandlung für die Annahme- und Abgabeerklärung verlangt, obwohl man sich über ihre rechtliche Gleichwertigkeit klar war [45]).

Faßt man jedoch den Begriff der vormundschaftlichen Obliegenheit so wie hier vorgeschlagen, so fallen beide Erklärungen unter § 32 JWG. Denn Vormundschaften zu übernehmen und an andere

---

[39]) So Kammergericht in JFG 8, 63.

[40]) Wegen der Möglichkeit von Verträgen im öffentlichen Recht siehe Anm. 133. Es wird hier mitunter von „Einigung" gesprochen; so Friedeberg-Polligkeit, Anm. 4a zu § 39, S. 371.

[41]) verneint von OLG Frkf., Friedeberg-Polligkeit a.a.O. und Anm. 4 zu § 32 S. 313. Runderlaß des Pr. MinfV. vom 17. 12. 1931. F. Rothschild in ZBl. XX, 148 u. vom bay. Staatsministerium d. J., Entschließung vom 4. Aug. 1932, abgedruckt in Rbr. VIII, 179. Bejaht von LG Dortm.

[42]) LG Drtm.; LG Bremen vom 29. 6. 1931, abgedruckt in Rbr. VII, 232.

[43]) F. Rothschild a.a.O., Seite 149.

[44]) Siehe unten II, 2b.

[45]) F. Rothschild a.a.O. 149 und Entschließung d. bay. Staatsministeriums des Innern v. 4. VIII. 1932, abgedruckt in Rbr VIII, 180.

Jugendämter abzugeben, gehört zu den Aufgaben, die jedem Jugendamt aus seiner Stellung als Amtsvormund erwachsen. Der Berufsvormund ist also zur Abgabe der Erklärung aus § 39 JWG legitimiert.

Das Bedenken von F. Rothschild (a.a.O.), daß der Berufsvormund bei der Annahmerklärung nicht namens des Mündels handelt und nicht Mündelinteressen, sondern Belange des Jugendamtes wahrzunehmen habe, erscheint nicht begründet. Denn wenn wir uns vor Augen halten, daß die vormundschaftlichen Obliegenheiten ein Teilgebiet der Jugendamtstätigkeit darstellen, so kann es hier auch einzelne Aufgaben geben, bei denen das Interesse der Behörde im Vordergrund steht. Ferner soll hier schon vorweggenommen werden, daß der Berufvormund als Organ des Jugendamts dessen Funktionen ausübt. Die Amtsvormundschaft unterscheidet sich grundsätzlich nicht von den anderen Funktionen des Jugendamts. Es ist daher nur eine Frage der Zuständigkeit, ob der Berufsvormund zur Wahrnehmung anderer Funktionen als nur der Führung der Amtsvormundschaft berechtigt ist. Eine Frage, die aber mit der Abgrenzung des Begriffs „der vormundschaftlichen Obliegenheiten" zusammenfällt. Da der Berufsvormund für das Jugendamt als dessen Organ tätig wird, ist es nicht bedenklich, daß er auch dessen Interessen wahrnehmen kann. Es besteht kein Grund zu der Befürchtung, der Berufsvormund könne nun allzu frei schalten und walten: denn — wie später zu zeigen sein wird — sind genügend Möglichkeiten vorhanden, seine Befugnisse einzuschränken und über seine Tätigkeit Aufsicht zu üben.

II. Teil.

Wir kommen zu dem zweiten Teile der Aufgabe, zu der Erörterung der bei der Übertragung beteiligten Parteien. Von ihnen soll das Jugendamt an erster Stelle behandelt werden, weil der Berufsvormund seinerseits ihm eingegliedert ist, und deshalb seine Stellung erst umschrieben werden kann, nachdem die des Jugendamtes dargestellt ist.

I.) a Das Jugendamt ist vom JWG zum Träger jugendfürsorgerischer Aufgaben bestimmt. Seine rechtliche Ausgestaltung ist aber durch das Gesetz nur in den Grundzügen geregelt. Die Ausführung ist in weitgehendem Maße den Ländern überlassen. Das geschah deshalb, weil das Jugendamt als Einrichtung der Gemeinden (und Gemeindeverbände)[16]) gedacht ist, diese aber nach Ländern, in Preußen sogar nach Provinzen, verschieden behandelt sind. Da weiterhin auch auf die bereits vorhandenen Einrichtungen der privaten

[16]) Im folgenden wird der Einfachheit halber nur von „Gemeinde" gesprochen. Die Gemeindeverbände brauchen nicht besonders erwähnt zu werden, da kein sachlicher Unterschied zwischen einem von einer Gemeinde und einem von einem Gemeindeverband errichteten Jugendamt besteht. Vgl. Hue de Grais, § 388 Seite 792.

und öffentlichen Jugendfürsorge Rücksicht genommen werden sollte, war es nötig, angesichts der verschiedenartigen Entwicklung in den einzelnen Teilen Deutschlands, den Ländern die Anpassung an die örtlichen Verhältnisse zu überlassen.

Im JWG ist bestimmt, daß das Jugendamt als Einrichtung einer Gemeinde errichtet werden soll, § 8. Außerdem sind in den §§ 9—11 die Grundzüge für seine Zusammensetzung und Verfassung festgelegt. Es wird danach von der Gemeinde geschaffen, erhält von ihr seine Satzung und bleibt auch nach seiner Gründung mit ihr verbunden, wenngleich es ihr gegenüber — wie wir nun sehen werden — eine gewisse Selbständigkeit erhält. Jedoch wird es mit seiner Schaffung nicht derartig von der Gemeinde losgelöst, daß es nun ohne Rücksicht auf deren Bestand ein unabhängiges Dasein hätte. Es bleibt vielmehr ein rechtlicher Zusammenhang bestehen. Das Jugendamt wird also nicht selbständig nach Art einer öffentlichen Anstalt, Körperschaft oder Stiftung. Es ist keine juristische Person.[47]) Zwischen ihm und der Errichtungsgemeinde besteht Personengleichheit. Es ist nur eine neue Stelle der bereits vorhandenen Körperschaft.

Diese Stelle ist zur Durchführung bestimmter, der Gemeinde obliegender Aufgaben bestellt. Zur Durchführung ihrer Obliegenheiten werden ihr von der Gemeinde die notwendigen Mittel zur Verfügung gestellt. Eine derartige Einrichtung wird im Verwaltungsrecht als Behörde bezeichnet.[48])

Das Jugendamt unterscheidet sich aber in einem wichtigen Punkt von den übrigen Verwaltungsbehörden: Es ist seiner vorgesetzten Behörde gegenüber, d. h. derjenigen, der es der Organisation nach untersteht, nämlich dem Vorstand der Errichtungsgemeinde in seiner Geschäftsführung selbständig; soweit es sich um die Durchführung ihm gesetzlich übertragener Aufgaben handelt, ist es an seine Weisungen nicht gebunden, sondern verpflichtet, alle Entscheidungen auf Grund eigener Beurteilung und unter eigener Verantwortung zu treffen. Das Jugendamt hat insofern eine ähnliche Stellung wie die Justizbehörden bei der Ausübung der Rechtsprechung.

---

[47]) Wie es von Blaum, Anm. 7 zu § 32 Seite 63 angenommen wird. Unklar Heß, Anm. 9 B/a Seite 214, der zwar das Jugendamt als Behörde anerkennt, im folgenden aber — b β — als Rechtssubjekt bezeichnet. Wie hier Friedeberg-Polligkeit, Anm. 1b zu § 32.

[48]) Siehe Kormann, § 511 Seite 368. Es wird nicht verkannt, daß der Begriff „Behörde" in der Rechtsprechung und im Schrifttum z. T. anders ausgelegt wird. (vgl. Friedeberg-Polligkeit, Anm. 2 zu § 5 Seite 118). Doch erübrigt sich hier ein näheres Eingehen darauf, weil darüber, daß das Jugendamt Behörde ist, im wesentlichen Einigkeit besteht. So Polligkeit-Blumenthal Anm. 2 zu § 3, Seite 54; Behrend, Vorbem. 1 vor § 3 Seite 114 und Anm. zu § 32 Seite 233; Blaum, Anm. 5 zu § 32; Schiedemair, Anm. 2 vor § 32 Seite 77. Schreiben des pr. Min. für Volksw. vom 19. 1. 31 i. Rbr. VII, 74. BayObLG v. 22. 2. 33 i. Bl.öff.Fürs. 33, 4/5. Sehr genau RGSt. 60, 311: „Jugendamt ist als behördl. Organ der Gemeinde, durch die es errichtet ist." Demgegenüber erscheint die Ausdrucksweise des KG. i. JF. 68, 62 ungenau: das Jugendamt ist .... „Träger von Rechten und Pflichten nach Art einer Behörde."

Während aber deren Unabhängigkeit ausdrücklich in § 1 GVG u. Art. 102 RV festgelegt ist, fehlt es für das Jugendamt an einer entsprechenden Bestimmung. Seine Unabhängigkeit ergibt sich nur aus dem allgemeinen Sinn des Gesetzes[49]). Sie wird im Anschluß an die Entscheidung des Kammergerichts[50]) häufig mit den Worten umschrieben, daß das Jugendamt selbständiger und unmittelbarer Träger von Rechten und Pflichten sei[51]).

Durch das JWG ist weiter vorgesehen, daß das Jugendamt eine Kollegialbehörde sein muß. Ueber die Zusammensetzung des Kollegiums sind in §§ 9 und 10 einige, jedoch nicht erschöpfende Bestimmungen gegeben.

Durch § 10 ist den Gemeinden die Möglichkeit gegeben, von der Errichtung einer neuen Behörde abzusehen und das Jugendamt einem bereits bestehenden Wohlfahrtsamt oder einer ähnlichen Stelle anzugliedern. Es geschah aus praktischen Gründen, insbesondere mit Rücksicht auf die schwierige Finanzlage vieler Gemeinden und um einer Zersplitterung der Wohlfahrtspflege vorzubeugen.[52]) Aber auch auf diese Jugendämter finden die eben erwähnten Bestimmungen Anwendung.[53]) Es ist daher den Darlegungen Sierigks nicht zu folgen, der die Unabhängigkeit der Jugendämter nur für die erste Art anerkennen will.[54])

b) Diese grundsätzlichen Bestimmungen über den Aufbau des Jugendamts können weder durch Landes- noch durch Gemeinderecht außer Anwendung gesetzt oder abgeändert werden. Denn soweit nichts Anderes ausdrücklich bestimmt ist, ist das Reichsrecht zwingend. Daher hat jeder Verstoß dagegen Nichtigkeit zur Folge.[55]) Innerhalb der vom Reichsgesetz gezogenen Grenzen ist den Ländern bei der Ausgestaltung freie Hand gelassen. Der Raum, auf dem sie sich noch betätigen können, ist keineswegs gering. So ist es ihnen überlassen, die Aufgaben des Jugendamtes den Auftragsangelegenheiten oder Selbstverwaltungsangelegenheiten der Gemeinden einzureihen,[56]) oder nach älterem Sprachgebrauch: eigener und über-

[49]) Friedeberg-Polligkeit spricht in Anm. 2a zu § 9 Seite 139 geradezu von der *reichsrechtlich bindenden Vorschrift*, daß dem Jugendamt die Rechte und Pflichten zur selbständigen Ausübung zufallen, die das JWG ihm unmittelbar überträgt; allerdings steht damit die Bemerkung auf der folgenden Seite nicht in Einklang, daß die Jugendämter, wenn ihnen ihre Aufgaben als Auftragsangelegenheiten übertragen sind, den ordentlichen Verwaltungsbehörden unterstellt und an deren Weisungen gebunden sind.

Siehe vor allem auch KG in JFG 3, 35.

[50]) KG a.a.O.

[51]) Siehe Friedeberg-Polligkeit a.a.O., ähnlich Gutachten des Deutschen Vereins in N. D 1933 April/Mai.

[52]) Begründung des JWG, Reichstagsdrucksache 1921 Nr. 14 Seite 39.

[53]) Das gleiche gilt für nach Artikel 8 EG JWG gebildete Jugendämter.

[54]) Siehe die Entgegnung Blumenthals.

[55]) Siehe Anschütz Anm. 3e zu Art. 13.

[56]) Darüber, daß diese Frage vom Reichsgesetz offen gelassen ist, besonders eingehend Heß, Anm. 9b zu Art. 1 JAG Seite 212; Friedeberg-Polligkeit Anm. 2 zu § 3 Seite 86, Anm. 2 zu § 8 Seite 131. Polligkeit-Blumenthal Vorbem. vor § 1 Seite 23.

tragener Wirkungskreis.[57]) In Preußen sind es nach § 1 AG JWG Selbstverwaltungsangelegenheiten (mit Ausnahme der Fürsorgeerziehung)[58]) und ebenso in einem großen Teil der übrigen Länder. Dagegen hat Bayern alle Aufgaben dem übertragenen Wirkungskreis durch Art. 1 JAG zugewiesen.

c) Aber auch durch die Landesgesetze wird die Ausgestaltung der Jugendämter nicht erschöpfend geregelt, weil diese Aufgabe den Gemeinden durch § 9 JWG vorbehalten ist. Die endgültige Verfassung der Jugendämter soll im Einzelnen durch die Errichtungsgemeinden im Wege der Gemeindegesetzgebung festgestellt werden. Dieses organisatorische Gemeindegesetz wird als „Satzung" bezeichnet und bei der Errichtung des Amtes beschlossen. Die Satzung ist eine dem Reichs- und Landesrecht nachgeordnete Rechtsquelle. Sie muß sich daher in dem ihr vom Ausführungsgesetz gelassenen Spielraum bewegen und darf nicht gegen zwingende Bestimmungen weder des Reichs- noch des Landesrechts verstoßen. Denn die Gemeinde ist als Gesetzgeber dem Lande ebenso untergeordnet wie dieses dem Reich. Die Satzung ist daher nichtig, soweit sie gegen Reichs- oder Landesrecht verstößt.[59])

α). Soweit die Regelung durch die Satzung noch Raum läßt, greift unter Umständen schon bestehendes Gemeinderecht ergänzend ein. Das ist der Fall, wenn das Jugendamt in der Form einer bereits vorhandenen Gemeindeeinrichtung geschaffen wird. Wo dies in der Weise geschehen ist, daß das Jugendamt begrifflich als eine solche Einrichtung anzusehen ist, gilt auch für es das für jene Einrichtung geschaffene Recht. Selbst diese vierte Rechtsquelle hat noch praktische Bedeutung, mehr als man vielleicht auf den ersten Blick annimmt; denn auch die Regelung durch die Satzung ist vielfach nicht erschöpfend, wie wir es an einigen und zwar recht wichtigen Fragen sehen werden.

β) Außerdem bringt es die organisatorische Eingliederung der Jugendämter in die Gemeindeverwaltung mit sich, daß bei ihrer Errichtung vielfach an Bestehendes angeknüpft wurde.

In Preußen bestanden in einem großen Teil der Stadtgemeinden Verwaltungsausschüsse, mit denen das Jugendamt in mehrfacher Hinsicht eine große Aehnlichkeit aufweist. Sie sind in den einzelnen Städteordnungen verschieden genannt. Die gebräuchlichste Bezeichnung ist Deputation,[60]) außerdem Kommission[61]) und Ausschuß.[62])

Es ist wichtig festzustellen, ob diese Aehnlichkeit soweit geht,

---

[57]) Walter Jellinek, § 23 II, 1 Seite 530.

[58]) Wegen der dafür maßgeblichen Zweckmäßigkeitsgründe siehe Polligkeit-Blumenthal, a.a.O.; Bitter, Jugendwohlfahrt III, Seite 906; für Bayern Heß a.a.O. Heß a.a.O.

[59]) OLG Frkf.

[60]) So in den 6 östlichen Provinzen. StO § 59 und in Frankfurt a. Main, siehe dessen Gemeindeverfassungsgesetz § 66.

[61]) In Hessen-Nassau und Schleswig-Holstein, siehe Bitter, Deputationen S. 362.

[62]) In Hannover, siehe Bitter a.a.O.

daß das Jugendamt unter den Begriff der städtischen Deputation fällt; denn wenn dies zutrifft, dann muß das für die Deputation geltende Recht auch auf das Jugendamt angewandt werden. — In den preußischen Landkreisen gibt es keine derartigen Ausschüsse, sodaß sie bei dieser Untersuchung ausscheiden. — Die Frage, ob das Jugendamt Deputation ist, ist verschieden beantwortet worden.[63]) Eine Stellungnahme zu dieser Meinungsverschiedenheit ist erst möglich, wenn das Wesen der Deputation in seinen Grundzügen dargelegt ist, um einen Vergleich mit dem Aufbau des Jugendamts zu ermöglichen.

Unter Deputationen[64]) werden Ausschüsse verstanden, die zum Vorstand der Stadtgemeinde — in Frankfurt a. M. Magistrat — zur Erledigung einzelner Aufgaben oder Aufgabenkreise der städtischen Verwaltung eingesetzt werden. Zu Mitgliedern können Mitglieder des Magistrats, der Gemeindevertretung und wahlfähige Gemeindebürger ernannt werden. Die Zuständigkeit zur Ernennung der Mitglieder ist in den einzelnen Städteordnungen verschieden geregelt; da sie nicht von grundsätzlicher Bedeutung ist, bleibt sie hier außer Betracht. Dagegen ist es von Bedeutung, daß der Deputation ihre Aufgabe vom Magistrat zugewiesen wird, sei es auf Grund eigener Entschließung, sei es in Ausführung eines Beschlusses der Gemeindevertretung. Er überwacht ihre Geschäftsführung, kann ihr Weisungen erteilen oder auch einzelne Aufgaben zur Erledigung wieder an sich ziehen. Es ist ohne weiteres einleuchtend, daß das Jugendamt nicht unter den Begriff einer solchen Deputation fällt. Denn seine Einsetzung beruht nicht auf einem Entschluß des Vorstandes der Gemeinde oder ihrer Vertretung sondern auf Reichsgesetz. Wesentlicher aber ist, daß die Bestimmung seiner Unabhängigkeit sowie die über seine Zusammensetzung nicht in den Rahmen der von den Städteordnungen für die Deputationen gegebenen Normen paßt.

Es gibt aber noch eine zweite Art von städtischen Ausschüssen, die sich von der soeben besprochenen zwar erheblich unterscheiden, trotzdem aber als Deputation bezeichnet werden. Sie entstehen nicht durch Beschluß des Magistrats oder der Stadtverordnetenversammlung, sondern müssen auf Grund besonderer gesetzlicher Vorschriften eingerichtet werden, die dies der Gemeinde in bindender Weise vorschreiben. Das Gesetz legt ihren Aufgabenkreis fest. Daher ist es regelmäßig nicht zulässig, daß der Magistrat einzelne Sachen an sich zieht. Auch über die Zusammensetzung des Ausschusses und über seine Arbeitsweise können bindende Vorschriften gegeben sein. Das

---

[63]) Verneint vom KG in JFG 3, 34; bejaht von Brauchitsch IV, Anm. 1 zu § 9 JWG. und von Sierigk für das nach § 10 JWG mit einem Wohlfahrtsamt verbundene Jugendamt; Nach Polligkeit-Blumenthal, Anm. 2 zu § 3 Seite 54, soll die Stellung des Jugendamtes zum Teil analog einer Deputation zu behandeln sein. Aehnlich Blumenthal.

[64]) Zum folgenden siehe Ledermann, Vorbem. und Anm. 1 bis 7 zu § 59 und Bitter, Deputationen Seite 362 ff. Wegen der verschiedenen Regelung in den einzelnen Provinzen Preußens, Maaß, § 73 Seite 68.

ist z. B. bei der Armen-, Gesundheits- und Schuldeputation der Fall.[65])

Trotz der Verschiedenheit der beiden Arten der Deputationen handelt es sich um den gleichen Begriff. Denn die zweite ist dadurch entstanden, daß der Gesetzgeber eine für seine Zwecke verwendbare Einrichtung innerhalb der Gemeindeverfassung vorfand und dann für seine Bedürfnisse umgestaltete. Die zweite Form (die wegen ihrer Entstehung auf Grund besonderen Gesetzes im folgenden kurz „besondere Deputation" genannt werden soll) ist also nur eine abgeänderte Form der ersten, sogenannten Verwaltungsdeputation.[66]) Denn da es sich bei beiden Arten grundsätzlich um den gleichen Begriff handelt, ist es gerechtfertigt, auch auf die besonderen Deputationen das Recht der Städteordnungen anzuwenden, natürlich vorbehaltlich entgegenstehender Vorschriften des besonderen Gesetzes.

Unter den Begriff der besonderen Deputation läßt sich das Jugendamt zwanglos unterordnen.[67]). Dies Ergebnis enthält auch keinen Widerspruch zu der Entscheidung des Kammergerichts,[68]), weil dort offenbar nur an die Verwaltungsdeputation gedacht ist. Die Unabhängigkeit des Jugendamtes, auf die es bei jener Entscheidung ankam, wird ja durch seine Einordnung als besondere Deputation nicht berührt.

Auf die städtischen Jugendämter finden, da sie unter den Begriff der besonderen Deputation fallen, ergänzend die Vorschriften der jeweils am Ort geltenden Städteordnungen Anwendung.[69]) Soweit die Bestimmungen über den bei den Deputationen zu beobachtenden Geschäftsgang auf die entsprechenden, für den Magistrat maßgebenden Vorschriften verweisen, sind diese auch auf das Jugendamt anwendbar. Dagegen geht es m. E. nicht an, diese Vorschriften unmittelbar zur Anwendung zu bringen, wie dies Anna Mayer (Seite 270) ohne nähere Begründung will.

d.) Schließlich kommen als letzte Rechtsquelle noch die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts über das Verfahren bei Kollegialbehörden in Betracht. Da ein solches allgemeines Verwaltungsrecht nicht durch Gesetz festgelegt, auch in der Wissenschaft erst unvollkommen ausgebildet ist, ist bei der Feststellung eines solchen allgemein gültigen Satzes äußerste Vorsicht geboten; denn hier ist leicht der Wunsch der Vater des Gedankens; das wird z. B.

---

[65]) Siehe darüber Ledermann, Anm. 8 bis 11 zu § 59 Seite 322 ff. Maaß § 74 Seite 69; wegen der in den einzelnen Teilen Preußens für die Schuldeputationen geltenden verschiedenen Bestimmungen siehe Bitter, Volksschule Nr. 6 Seite 189ff.

[66]) Diese Bezeichnung findet sich z. B. bei Ledermann, a.a.O. und Reinert-Emmerich, Anm. 2 zu § 66 Seite 54. Dagegen ist mir für die hier besondere Deputation genannte Art kein anderer Ausdruck bekannt; sie wird meist ohne Berücksichtigung des Unterschieds gleichfalls Deputation genannt.

[67]) So Reinert-Emmerich, Anm. 6 zu § 66 Seite 51.

[68]) JFG 3, 34.

[69]) Im Ergebnis ebenso Polligkeit-Blumenthal, Anm. 2 zu § 3 Seite 54 und Brauchitsch IV, Anm. 1 zu § 9 JWG.

bei der Regelung von Eilfällen und der Vertretung nach außen praktisch, wovon später noch zu sprechen sein wird.

2). Nachdem die Rechtsquellen, die für Verfassung und Verfahren des Jugendamtes maßgebend sind, und die Reihenfolge, in der sie zur Anwendung kommen, festgestellt sind, ist die Frage zu beantworten, in welcher Weise das Jugendamt tätig werden muß, um eine gültige Uebertragung von vormundschaftlichen Obliegenheiten auf einen Berufsvormund vornehmen zu können. Zu diesem Zweck ist es nötig, zuerst Klarheit über die Regeln zu gewinnen, die im allgemeinen für die Erledigung aller Arbeiten beim Jugendamt gelten. Aus ihnen ergibt sich dann die Beantwortung für die Uebertragung vormundschaftlicher Obliegenheiten ohne weiteres.

a): Das Jugendamt ist — wie wir schon gesehen haben — eine Kollegialbehörde. Es ist jedoch nicht möglich, daß der tägliche Geschäftsbetrieb durch das Kollegium erledigt wird. Das wäre schon wegen der großen Anzahl seiner Mitglieder nicht möglich. Deshalb ist ihm als Verwaltungsapparat für die Geschäftsführung im einzelnen eine Geschäftsstelle zur Seite gestellt.[70]) Diese Geschäftsstellen können recht verschieden eingerichtet sein. Meist steht ihnen ein Leiter oder Geschäftsführer vor, an kleineren Jugendämtern auch der Vorsitzende des Ausschusses. Während nun dem Ausschuß selbst vor allem die Willensbildung in wichtigen Angelegenheiten obliegt, haben Leiter, Beamte und Angestellte der Geschäftsstelle die Beschlüsse des Ausschusses auszuführen. Wenn sich auch ihre Aufgaben darin nicht erschöpfen, so kann man sie doch als die ausführenden Organe des Jugendamts bezeichnen. Diese ausführenden Organe sind im JWG wohl als selbstverständlich vorausgesetzt (z. B. § 32 Satz 2), wenn auch über ihre Einsetzung keine besonderen Bestimmungen gegeben sind.

Es fragt sich nun, wie die Geschäfte zwischen dem Ausschuß und den ausführenden Organen verteilt sind. Gewisse besonders wichtige Aufgaben müssen stets vom Ausschuß selbst erledigt werden, weil er durch seine paritätische Zusammensetzung und unabhängige Stellung eine vorurteilsfreie Entscheidung verbürgen und ihm stets ein maßgebender Einfluß auf die gesamte Geschäftsführung gesichert bleiben soll. Alle Aufgaben nun, die aus diesen Gründen zu der Zuständigkeit des Ausschusses gehören — darüber welche dies sind, wird sogleich gehandelt werden —, müssen von ihm selbst wahrgenommen werden; denn insofern besteht eine ausschließliche Zuständigkeit des Ausschusses. Die übrigen Obliegenheiten können von der Geschäftsstelle erledigt werden, doch ist auch der Ausschuß berechtigt, sich jederzeit an ihrer Bearbeitung zu beteiligen. Die aus-

[70]) Der Ausdruck „Jugendamt" ist im Gesetz nicht einheitlich gebraucht. Regelmäßig wird damit die ganze Behörde, Ausschuß und Geschäftsstelle umfassend, bezeichnet, z. B. §§ 8, 9, 32 Satz 1. Der Ausdruck „Jugendamt" wird aber auch, allerdings nicht ganz einwandfrei, für den Ausschuß allein, der nur ein Teil des Jugendamts ist, gebraucht, z. B. in §§ 11 und 32 Satz 2. Für die Geschäftsstelle allein wird diese Bezeichnung nicht verwendet. A. A. Friedeberg-Polligkeit, Anm. 21a zu § 9, vgl. dazu auch Anm. 1a zu § 11.

führenden Organe haben also neben dem Ausschuß nur eine konkurrierende Zuständigkeit.

Die ausschließliche Zuständigkeit des Ausschusses bedeutet, daß die Vornahme einer dazu gehörenden Handlung durch ein ausführendes Organ Nichtigkeit zur Folge hat, weil jede Zuständigkeitsordnung zwingenden Rechts ist.[71]) Dagegen ist nichts dawider einzuwenden, daß der Ausschuß sich an den Aufgaben der Geschäftsstelle beteiligt, weil für sie keine ausschließliche Zuständigkeit begründet ist.

b.) Nun enthält aber das JWG keine ausdrückliche Regelung über diese Zuständigkeitsabgrenzung, weil man der Bedeutung dieser Frage bei der Ausarbeitung des Gesetzes zu wenig Beachtung geschenkt hat. Daher hat die Praxis bei der Anwendung des Gesetzes dauernd mit Schwierigkeiten zu kämpfen. Doch ist es auch nicht so, daß der Gesetzgeber zu diesen Fragen gänzlich geschwiegen hat. Wenn er zwar keine ausdrücklichen Vorschriften gegeben hat, so lassen sich doch gewisse Regeln aus dem Sinne des Gesetzes ableiten. Soweit sie nur einwandfrei festgestellt werden können, sind sie eben so bindend wie eine ausdrückliche Vorschrift.

Der Wille des Gesetzgebers ging gewiß nicht dahin, daß der Ausschuß sämtliche Arbeiten verrichten sollte; vielmehr ist ihm zur Erledigung untergeordneter Arbeiten die Geschäftsstelle an die Seite gestellt. Andrerseits soll es auch nicht im Belieben des Ausschusses stehen, welche Aufgaben er selbst ausführen will. Denn dann wäre es schließlich denkbar, daß er die ganze jugendamtliche Tätigkeit auf die Geschäftsstelle abwälzte, was bestimmt ebensowenig gewollt ist, wie daß er sie allein wahrnimmt.[72])

Wie ist aber die absolute Zuständigkeit des Ausschusses abgegrenzt? Darauf gibt das Gesetz selbst bei sorgfältiger Auslegung nur unvollkommen Antwort, jedenfalls gehören, — wie oben schon gezeigt — zur ausschließlichen Zuständigkeit des Ausschusses nur Willensentschließungen und keine Ausführungshandlungen. Letztere werden regelmäßig von den ausführenden Organen wahrgenommen. Daraus daß der Schwerpunkt der jugendamtlichen Tätigkeit bei dem Ausschuß liegen soll, läßt sich folgern, daß die Aufstellung von Richtlinien jedenfalls zur Zuständigkeit des Ausschusses gehört. Das Gleiche gilt von Entscheidungen, die für die gesamte Tätigkeit des Jugendamts richtunggebend oder von besonders einschneidender Bedeutung sind. Es fragt sich nur, ob die Lücke, die hier das Reichsgesetz gelassen hat, von nachgeordneten Rechtsquellen, insbesondere der Satzung, ausgefüllt werden kann. Das ist m. E. nicht zulässig. Denn es handelt sich nicht um eine Frage, die der Reichsgesetzgeber mit Absicht unbeantwortet gelassen hat, um einer anderen Stelle die Regelung zu überlassen, sondern um die Ergänzung eines unvollkommen ausgedrückten Willens. Deshalb dürfen auch landesrecht-

---

[71]) Siehe Kormann, § 6 IV 3 Seite 868.
[72]) Ebenso Anna Mayer, Seite 269 und 272.

liche Ausführungsbestimmungen nicht die Festsetzung der Zuständigkeit des Ausschusses in die Satzung verweisen.[73])

Der Praxis ist es freilich nicht zu verdenken, wenn sie dieses theoretische Bedenken übergeht, weil sie ja auf irgend einem Wege Abhilfe schaffen muß. Eine befriedigende Lösung kann nur vom Reichsgesetzgeber kommen, worauf bereits in dem Gutachten des Deutschen Vereins[74]) hingewiesen ist. Im Interesse der Rechtssicherheit wäre eine gesetzliche Neuregelung dieser Frage dringend erwünscht.

Die Praxis hat noch andere Wege eingeschlagen, um diese Lücke im Gesetze auszufüllen. Man hat Aufgaben, für die eine Zuständigkeit des Ausschusses in Betracht kommt, dem Vorsitzenden oder dem Leiter der Geschäftsstelle übertragen. Eine solche Übertragung ist unzulässig, gleichviel, ob sie durch Satzung oder durch Beschluß des Kollegiums erfolgt. Denn sobald damit in die Zuständigkeit des Ausschusses eingegriffen wird, liegt ein Verstoß gegen zwingendes Reichsrecht vor, weil an der Regelung der Zuständigkeit ohne ausdrückliche Ermächtigung des Gesetzgebers nichts geändert werden kann. Erst wenn feststeht, daß eine Aufgabe nicht notwendig vom Ausschuß selbst erledigt werden muß, kann ihre Übertragung auf eine andere Stelle in Frage kommen.[75]) Es kommt also zunächst nicht auf den Willen des Ausschusses an,[76]) welche Aufgaben er übertragen will. Vielmehr ist sein Wille erst zu berücksichtigen, wenn feststeht, welche er übertragen kann.

Nun glaubte man aber, eine solche Ermächtigung zur Uebertragung auch der von dem Ausschuß unbedingt selbst zu erledigenden Obliegenheiten im § 11 vor sich zu haben. Er sollte eine Ausnahme des verwaltungsrechtlichen Satzes sein, daß eine Kollegialbehörde ihre Zuständigkeit nicht an einzelne Mitglieder übertragen kann.[77])Diese Annahme ist in keiner Weise gerechtfertigt. § 11 hat nach dem unverkennbaren Willen des Gesetzgebers einen ganz anderen Inhalt. Er soll die Zusammenarbeit der Behörde mit der freien Wohlfahrtspflege regeln. Zu diesem Zweck kann das Jugendamt einzelne Aufgaben oder Aufgabenkreise aus seiner Verwaltung absondern und an besondere Ausschüsse, in denen Mitglieder des Jugendamtskollegiums sein können, nicht müssen, an private Vereinigungen oder gar an Einzelpersonen zur Erledigung abgeben. Es handelt sich hierbei um die Herausnahme von Obliegenheiten a u s d e r B e h ö r d e und um ihre Uebertragung an Stellen, die außerhalb von ihr stehen. Gewiß bleibt noch eine Verbindung zu ihr vorhanden, die bei den Ausschüssen erheblich enger ist als bei den gänzlich von ihr losgelösten Personen oder Vereinigungen. Weder aus dem Wortlaut noch aus der Entstehung läßt sich folgern, daß

---

[73]) Bedenklich daher § 5 Abs. II der Badischen Ausführungsverordnung.

[74]) In ND XIV, April/Mai 1933.

[75]) Ebenso F. Rothschild in ZBl. XX Seite 146 und OLG Frankfurt.

[76]) wie in der Entscheidung des bayrObLG vom 10. 10. 1929 in JW 30, 1010 als selbstverständlich vorausgesetzt ist.

[77]) So OLG Drtmd.

§ 11 auf die interne Geschäftsverteilung Anwendung finden soll. Nur in dem — sogleich näher zu erörternden — § 12 des Entwurfs eines Reichsjugendwohlfahrtsgesetzes einer Sachverständigenkommission war auch an eine Einbeziehung des Beamten des Jugendamtes gedacht.

§ 11 enthält also keine Regelung der internen Zuständigkeit. Das ist bisher nur von F. Rothschild klar erkannt worden.[78]) Eine Andeutung in dieser Hinsicht findet sich bei Anna Mayer.[79]) Sie hält der kammergerichtlichen Entscheidung mit Recht vor, „daß aus der Nichtübertragbarkeit einer Obliegenheit nach § 11 gefolgert wird, daß diese Obliegenheit nur von dem Jugendamtskollegium wahrgenommen werden kann". Nur war es noch nicht möglich, diese Erkenntnis zu verwerten, weil ihr Grund, die Trennung des innerbehördlichen Lebens von den Beziehungen zwischen Behörde und Außenwelt noch nicht klar erfaßt war.

Die Vermischung dieser beiden Beziehungen ist es auch, was an § 12 Abs. I Satz 1 des erwähnten Sachverständigenentwurfs[80]) nicht befriedigt, und was vielleicht der Grund war, daß er nicht Gesetz wurde. Denn er wäre allerdings geeignet gewesen, die Lücke in der Zuständigkeitsregelung auszufüllen, freilich auf theoretisch nicht einwandfreie Weise, weil er eine Uebertragungsbefugnis auch für die zur zwingenden Zuständigkeit des Kollegiums gehörigen Aufgaben erteilen wollte, ohne zuvor den Kreis dieser Aufgaben zu bestimmen und außerdem Zuständigkeitsregelung innerhalb des Amtes und Uebertragungsbefugnis nach außen ungesondert zusammen behandelte.

Als Ergebnis ist festzustellen, daß alle Aufgaben, die der Zuständigkeit des Kollegiums zugewiesen sind, bei Meidung der Nichtigkeit von ihm selbst erledigt werden müssen. Da diese Aufgaben aus dem Gesetz selbst nicht eindeutig festzustellen sind, empfiehlt es sich für die Praxis, die sich mit der Feststellung der Lücke nicht begnügen kann, sondern eine Lösung braucht, trotz der oben geäußerten rechtlichen Bedenken, die Zuständigkeit durch Satzung unter sorgfältiger Berücksichtigung der aus dem JWG zu entnehmenden Grundsätze zu bestimmen.

Auch für Eilfälle gibt es keine andere Lösung, da das JWG keine Bestimmung, auch keine Andeutung, in der Richtung enthält, daß in Notfällen ein Einbruch in den Zuständigkeitsbereich des

---

[78]) ZBl XX, 449 „Aber das ist nicht der Sinn und Zweck dieses Paragraphen, daß einem Jugendamtsbeamten die an sich dem Vorsitzenden des Jugendamts zustehende Vertretungsbefugnis soll delegiert werden können."

[79]) Seite 270 und im Gutachten des Deutschen Vereins a.a.O.; Entschließung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 4. August 1932 abgedruckt in Rbr VIII, 188 ebenso OLG Frankfurt a. Main; dagegen LG Drtmd und LG Bremen vom 29. 6. 1931 in Rbr VII 232.

[80]) „Das Jugendamt kann die Erledigung von Aufgaben oder Obliegenheiten an einzelne seiner Beamten und Mitglieder, an andere Aemter und Abteilungen der Gemeindevewaltung oder an Ausschüsse übertragen, in welche auch andere Personen als seine Mitglieder berufen werden können."

Ausschusses durch ein ausführendes Organ stattfinden darf. Deshalb geht es nicht an, eine derartige Bestimmung in die Satzung aufzunehmen, wie dies in den preußischen Mustersatzungen §§ 9 und 10[81]) vorgeschlagen ist, oder Bestimmungen der Städteordnung wie des Frankfurter Gemeindeverfassungsgesetzes[82]) über ausnahmsweise Erledigung von Geschäften durch den Vorsitzenden anzuwenden oder gar einen nicht einwandfrei festzustellenden Satz des allgemeinen Verwaltungsrechts dieses Inhalts. Wenn die Praxis sich hierüber notgedrungen hinwegsetzt, ist es verständlich, aber rechtlich sehr bedenklich. Auch hier kann nur der Gesetzgeber Abhilfe schaffen.

Alle nicht zur ausschließlichen Zuständigkeit des Ausschusses gehörigen Geschäfte können von den ausführenden Organen wahrgenommen werden. Da für sie das Kollegium konkurrierend zuständig ist, kann es die Erledigung einzelner Aufgaben jederzeit an sich ziehen. Es hat damit eine gute Handhabe, seinen Einfluß auf die gesamte Geschäftsführung auszuüben und die ihm besonders wichtig erscheinenden Angelegenheiten selbst zu regeln. Von dieser Befugnis wird nur für Willensentschließungen Gebrauch gemacht werden; denn zur Ausführung von Geschäften ist das Kollegium nicht geeignet.

c). Deshalb obliegt sie grundsätzlich den übrigen „ausführenden" Organen; das wird vom Reichsrecht als selbstverständlich vorausgesetzt. Aber darin erschöpfen sich ihre Obliegenheiten keineswegs. Sie haben den gesamten täglichen Geschäftsbetrieb zu erledigen. Zu diesem Zweck sind ihm von der Satzung häufig die Führung der „laufenden Geschäfte" zugewiesen. Auch wo dies nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, hat die Geschäftsführung m. E. in der gleichen Weise zu erfolgen, weil diese Regelung im Sinne des Gesetzes liegt.[83]) Für die preußischen Städte ergibt es sich zum Teil aus den Vorschriften über die Regelung des Geschäftsgangs für die Deputationen, die mitunter wieder durch die Bestimmungen über das Verfahren beim Magistrat ergänzt werden.

Freilich ist es nicht immer leicht zu entscheiden, ob eine Obliegenheit zu den laufenden Geschäften gehört.[84]) So ist es recht zweifelhaft, ob dabei die Verschiedenheit der örtlichen Verhältnisse zu berücksichtigen ist oder nicht. Man denke etwa an den Abschluß von Adoptions- und Abfindungsverträgen, die an größeren städtischen Jugendämtern beinahe täglich vorkommen, an kleineren ländlichen dagegen eine Seltenheit bilden. Gehören diese nun in dem

---

[81]) abgedruckt bei Polligkeit-Blumenthal, Seite 145 ff.

[82]) § 65 II „In den Fällen, wo die vorherige Beschlußfassung durch den Magistrat einen nachteiligen Zeitverlust verursachen würde, muß der Bürgermeister die dem Magistrat obliegenden Geschäfte vorläufig allein besorgen, jedoch dem letzteren in der nächsten Sitzung behufs Bestätigung oder anderweitiger Beschlußnahme Bericht erstatten."

[83]) Ebenso Anna Mayer, Seite 270 vgl. auch bayObLG vom 10. 10. 1919 in JW 30, 1010.

[84]) Z. B. beim Strafantrag aus § 76 JWG — siehe die in Anm. 83 angeführte Entscheidung.

einen Fall zu den laufenden Geschäften und im anderen Falle nicht? Schon aus diesem Beispiel läßt sich ersehen, daß auf theoretischem Wege eine Bestimmung dieses Begriffes nicht restlos möglich ist, weil es sich dabei um keinen eigentlichen juristischen Begriff handelt.[85]) Keinesfalls ist es zulässig, ihn soweit auszudehnen, daß Aufgaben darunter fallen, die zur ausschließlichen Zuständigkeit des Kollegiums gehören. Das wäre ein unerlaubter Eingriff in dessen Befugnisse und würde leicht zur Umgehung der Unübertragbarkeit führen. Andererseits geht es nicht an, den Begriff so eng zu fassen, wie es vom Bayerischen Obersten Landesgericht[86]) geschehen ist. Dürfte man darunter, wie dort angenommen wird, nur verfahrensleitende Verfügungen verstehen, so wäre die Geschäftsführung der ausführenden Organe praktisch undurchführbar. Es ist eine allzu wortgetreue Auslegung, wenn in dieser Entscheidung unter laufenden Geschäften nur die schon in Bearbeitung befindlichen Fälle verstanden und zu denjenigen in Gegensatz gebracht werden, die noch nicht zu laufen begonnen haben.

Bei der Auslegung muß man sich stets den gesetzgeberischen Sinn der Regelung vor Augen halten, daß nämlich die Tätigkeit der ausführenden Organe dazu bestimmt ist, die täglich anfallende Arbeitslast zu erledigen. Von hier wird man unter Zuhilfenahme der Auslegungsregeln über „laufende Geschäfte", die sich an anderen Stellen bereits vorfinden,[87]) wohl fast immer zu einem befriedigenden Ergebnis gelangen können.

Die von Anna Mayer (Seite 270) gegebene Auslegungsregel für den in Frage stehenden Begriff ist m. E. willkürlich. Sie versucht, ihn negativ zu bestimmen und rechnet alle Geschäfte und Handlungen dazu, durch die keine rechtliche Verpflichtung des Jugendamtes begründet, aufgehoben oder abgeändert wird; eine Fassung, die offenbar der Definition der privatrechtlichen Verfügung entlehnt ist[88]) und keinen Gegensatz zu „laufend" enthält. Es ist aber nicht recht einzusehen, weshalb gerade auf diese Rechtsfolge abgestellt werden soll. Wäre diese Ansicht richtig, dann dürften die ausführenden Organe überhaupt keine Handlungen vornehmen, die eine auch nur ganz geringe Verpflichtung des Jugendamtes zur Folge haben, aber sehr einschneidende Wirkungen in irgend einer anderen Hinsicht, z. B. eine grundsätzliche Regelung des internen Geschäftsbetriebes. Es kommt nicht auf die Bedeutung in qualitativer, sondern in quantitativer Richtung an.

d.) Außer der Führung der laufenden Geschäfte gehört zu den Obliegenheiten der ausführenden Organe auch die Vertretung nach außen, weil sie zu den Ausführungshandlungen zu rechnen ist. Sie kann nur von demjenigen Organ vorgenommen werden, dem sie

---

[85]) Ledermann, Anm. 2 zu § 35 Seite 164 „Die absolute Grenze der laufenden Verwaltungsgeschäfte läßt sich nicht feststellen."

[86]) In der Entscheidung vom 22. 2. 1933 in Bl. öff. Fürs. 33, 90.

[87]) Z. B. RG 94, 253 und in JW 1912, 925 Nr. 27; OLG 34, 246; § 5 Abs. II der Deputationsordnung für Frankfurt a. Main, siehe Reinert-Emmerich Seite 54.

[88]) Enneccerus-Nipperdey, § 134 II Seite 427/8.

durch Gesetz übertragen ist, da die Befugnis zur Vertretung im Interesse der Rechtssicherheit sowohl mit Rücksicht auf die vertretene juristische Person als auch auf Dritte stets zur zwingenden Zuständigkeit bestimmter Organe gehört. Für die Jugendämter findet sich diese Regelung meist in der Satzung, in der vielfach der Vorsitzende mit der Vertretung betraut ist.[89]) Wo eine solche Bestimmung fehlt, kann auf das Gemeindeverfassungsrecht zurückgegriffen werden. Wenn solches nicht vorhanden ist oder auch darüber schweigt, so bleibt die Frage ungelöst; denn es ist recht zweifelhaft, ob sich ein allgemeiner Satz feststellen läßt, daß jedes Kollegium durch seinen Vorsitzenden nach außen vertreten wird.

Mit der Befugnis zur Vertretung nach außen ist nicht gesagt, daß der Vorsitzende unbegrenzt namens des Jugendamtes handeln darf. Wenn auch seine Erklärung nach außen hin Erklärungen des Jugendamtes sind, so ist er doch im Innenverhältnis nicht ohne weiteres berechtigt, von seinen Befugnissen unbeschränkten Gebrauch zu machen.

Soweit der Vorsitzende die Vertretung wahrzunehmen hat, handelt er als Organ der Behörde[90]) und nicht — wie manchmal irrtümlich angenommen wird — als gesetzlicher oder gar rechtsgeschäftlicher Vertreter[91]). Der Ausdruck „Vertreter" mag zuerst irreführend sein, doch läßt er sich nun einmal nicht vermeiden, da er allgemein gebräuchlich und auch sachlich nicht ungerechtfertigt ist; denn auch das Organ übt in gewissem Sinne eine Vertretung aus, nur keine Stellvertretung. Es würde zur Klarlegung wesentlich beitragen, wenn allgemein innerhalb der Vertretung zwischen Stellvertretung und organschaftlicher Vertretung unterschieden würde. Auch bei der Vertretung der juristischen Person des Privatrechts spricht das Gesetz von „gesetzlicher Vertreter" [92]), und es besteht kein Zweifel, daß damit Repräsentation durch ein Organ gemeint ist.[93]) Das gleiche gilt für den Stellvertreter des Vorsitzenden, auch er ist Organ, nicht etwa privatrechtlich Bevollmächtigter oder gar gesetzlicher Vertreter des Vorsitzenden.

3.) Aus diesen Feststellungen ergibt sich nun die Beantwortung der Fragen, welche Stelle des Jugendamts die Uebertragung nach § 32 zu beschließen [94]) und welche sie auszuführen hat.

Die Beschlußfassung gehört m. E. zur Zuständigkeit des Ausschusses. Allerdings fehlt uns auch hier eine ausdrückliche Bestimmung des Reichsgesetzes. Doch ist die Bestellung eine so einschnei-

---

[89]) In den preußischen Mustersatzungen fehlt eine ausdrückliche Bestimmung. Der Hinweis in den §§ 9 und 10 ist nicht eindeutig.

[90]) Ebenso Friedeberg-Polligkeit Anm. 1b γ S. 308.

[91]) Ueber diesen Gegensatz siehe unten III, 1a α. Diese Vorstellung findet sich z. B. bei Garbe Seite 22 und in dem Schreiben des pr. Min. f. Volksw. v. 19. I. 1933 abgedruckt in Rbr. VII, 74.

[92]) § 26 Abs. II Satz 1 und von „besonderen Vertretern" im § 31 BGB.

[93]) Siehe Enneccerus-Nipperdey, § 102 Anm. 7 Seite 310 und § 103 Seite 312.

[94]) wie sie in JFG 3, 34 vom KG gestellt ist. Die Unzuständigkeit des Magistrats versteht sich nach dem oben 1a Gesagten von selbst.

dende Maßnahme, daß sie zu den grundlegend wichtigen Geschäften zu rechnen ist.[95])

Auch die Erteilung von Blankettermächtigungen, wie sie in der Praxis vorkommen mögen,[96]) erscheint deshalb unzulässig. Denn die Auswahl der Personen kann für die ganze amtsvormundschaftliche Tätigkeit richtunggebend sein, da sie je nach der persönlichen Eignung, dem Bekenntnis und der politischen Einstellung der ausführenden Beamten in andere Bahnen gelenkt wird. Deshalb muß der Ausschuß auch die Person des Berufsvormunds bestimmen.[97]) Das ist kein Fall der Ausführung und kann daher nicht dem Vorsitzenden oder einem anderen Organ übertragen werden. Auch in Eilfällen gilt nicht anderes aus den oben, 2b, angeführten Gründen. Deshalb ist es wichtig, daß stets mindestens eine geeignete Person zum Stellvertreter des Berufsvormundes ernannt wird[98]).

Die Ausführung der Uebertragung erfolgt durch eines der geschäftsführenden Organe. Da es sich um eine Handlung innerhalb des Amtes — wie wir noch sehen werden — handelt, ist es nicht nötig, daß sie von der Person, die zur Vertretung nach außen befugt ist, vorgenommen wird. Wie die Uebertragung durchzuführen ist und welche Grundsätze dabei zu beachten sind, wird später zu erläutern sein, nachdem auch die rechtlich erheblichen Eigenschaften der zweiten Partei, des Berufsvormundes, klargestellt sind.

III. Teil.

1). Die rechtliche Stellung des Berufsvomundes kann nur von seinem Verhältnis zum Jugendamt aus erfaßt werden. Denn die Berufsvormundschaft ist keine selbständige Einrichtung sondern Teil der Behörde. Dabei müssen aus dem früheren Recht überkommene Vorstellungen ausscheiden, weil der Berufsvormund vor Inkrafttreten des JWG grundsätzlich eine ganz andere Stellung besaß als heute.[99])

a. α). Bei der Untersuchung seiner Stellung innerhalb des Jugendamtes ist zunächst von den einzelnen Personen, die als Berufsvormünder in Betracht kommen, abzusehen, und allgemein das rechtliche Wesen dieser Einrichtung als solcher zu klären. Dabei ist es vor allem wichtig festzustellen, daß der Berufsvormund niemals aus eigener Machtvollkommenheit handelt, sondern alle seine Befugnisse vom Jugendamt herleitet. Es ist nicht er selbst, der handelt, sondern das Jugendamt, und die Folgen seiner Handlungen wirken sich nicht in seiner Person aus sondern treffen das Jugendamt. Er tritt zwar äußerlich in Erscheinung, aber auf ihn kommt es in rechtlicher

---

[95]) Ebenso Runderlaß des MinfVolksw. vom 21. 3. 1927 in Volkswohlfahrt 1927, 415.

[96]) Siehe Webler in ZBl XIX, 177.

[97]) Anderer Ansicht Friedeberg-Polligkeit Anm. 3 α zu § 32 Seite 311. und Runderlaß des Preuß. MinfVolksw. vom 17. 12. 1931 in RBr. VII, 290.

[98]) Siehe dazu III, 3.

[99]) vgl. dazu Friedeberg-Polligkeit Vorbem. zu Abschnitt IV, 1 und 2 S. 280 ff.

Hinsicht nicht an. Es ist das Jugendamt, das in ihm und durch ihn handelt. Das bedeutet nichts anderes, als daß er Organ des Jugendamtes ist.[100])

Dem Organ ist wesentlich, daß es eine Stelle ist, die jede juristische Person des privaten wie des öffentlichen Rechts und in gleicher Weise jede Behörde notwendig braucht, um ihren Willen zu bilden und zu erklären. Denn da die juristische Person — das folgende gilt in gleicher Weise stets auch für die Behörde — nur eine rechtlich vorgestellte Einheit, kein wirklicher Organismus ist, muß sie sich einzelner Menschen bedienen, um tätig zu werden, ja um überhaupt in die Erscheinung treten zu können.[101]) Sie erscheint also selbst in dem Organ. Daher ist es verständlich, daß dessen Handlungen ihr „zugerechnet"[102]) werden, d. h. als ihre Handlungen gelten. Das ist zwar auch bei der Stellvertretung der Fall; denn aus den Erklärungen des Vertreters wird grundsätzlich nur der Vertretene berechtigt und verpflichtet. Aber die Ursache dieser Rechtslage ist eine andere als bei dem Organ. Der durch einen Stellvertreter Vertretene könnte regelmäßig selbst handeln; nur bei dem noch gänzlich handlungsunfähigen Minderjährigen, dem kleinen Kind, fehlt diese Möglichkeit. Aber dies ist nur eine Folge der natürlichen Entwicklung und schon in verhältnismäßig frühem Alter muß man wenigstens eine Art natürlicher Handlungsfähigkeit anerkennen.[103]) Von wann ab sie auch als rechtliche zu werten ist, ist eine Frage des positiven Rechts.

Der Unterschied zwischen Stellvertretung und Organschaft wird hierdurch nicht berührt. Denn während die juristische Person selbst nicht handeln k a n n, liegt es bei der Stellvertretung so, daß im Fall der gewillkürten der Vertretene nicht handeln w i l l, im Falle der gesetzlichen nicht d a r f.[104])

Da das Organ für einen anderen auftritt, ist es verständlich, daß man auch hier von „Vertretung" spricht. Doch muß man dabei stets eingedenk bleiben, daß damit keine Stellvertretung gemeint ist. Das BGB sagt sogar vom Vereinsvorstand, er hat die Stellung eines

---

[100]) Siehe Kormann § 6 Seite 865 ff. Zwar ist die dort gegebene Begriffsbestimmung nicht allgemein anerkannt, da über das Wesen des Organs die Auffassungen recht verschieden sind. Eine eingehende Erörterung der vorhandenen Lehrmeinungen würde hier jedoch zu weit führen. Doch sind die Darlegungen Kormanns unbedenklich als Grundlage zu verwerten, weil sie, ohne sich auf eine einseitige Theorie festzulegen, die wesentlichen Merkmale enthalten.

[101]) Georg Jellinek, Seite 560. Es sind „vielmehr der Staat und Organ eine Einheit. Der Staat kann nur vermittels seiner Organe existieren".

[102]) Kelsen, § 10c Seite 48 ff. und § 43 B Seite 311. Hans J. Wolff, 1. Band vor allem § 8 III Seite 149 und § 22 II Seite 447. 2. Bd. Seite 816, 822 ff.

[103]) So wird z. B. im Bürgerlichen Recht auch bei den handlungsunfähigen Personen ein Besitzwille angenommen. Siehe Martin Wolff, § 10 III 2.

[104]) OLG 34, 427 „Stellvertreter" handeln anstelle des Vertretenen, die Handlungen der Organe einer zu einer Verbandsperson zusammengefaßten Personenmehrheit sind aber Handlungen der Verbandsperson selbst".

Georg Jellinek, Seite 560 „Vertreter und Vertretender sind und bleiben zwei, Verband und Organ sind und bleiben eine einzige Person".

gesetzlichen Vertreters (§ 26 Abs. II Satz 1).[105]) Doch sind sie nach der herrschenden Ansicht nicht Stellvertreter sondern Organe. Deshalb können die Organe auch bei den sogenannten vertretungsfeindlichen Rechtsgeschäften, wie Annahme an Kindesstatt (§§ 1750, 1748 Abs. II, 1755, 1770 BGB), Einwilligung zur Ehelichkeitserklärung (§§ 1727 und 1729 BGB), Erbvertrag auf Seiten des Erblassers (§ 2274 BGB mitwirken, weil sie ja nicht im eigentlichen Sinne vertreten sondern repräsentieren.[106])

In einem wohlgeordneten Gemeinwesen versteht es sich ebenso wie bei einem höher entwickelten natürlichen Organismus von selbst, daß nicht jedes Organ alle Arten von Verrichtungen vornehmen kann. Vielmehr ist jedem ein fest umgrenzter Kreis von Aufgaben zugewiesen. Damit ist seine Zuständigkeit bestimmt.

β). Diese Zuständigkeit ist einem natürlichen Menschen übertragen. Durch ihn wird die abstrakte Einrichtung „das Organ" verkörpert. Man nennt ihn nach neuerer Terminologie Organträger.[107]) (Früher sprach man auch mit Beziehung auf den Menschen von Organ. Dieser Sprachgebrauch hat sich zum Teil erhalten; doch ist er zu vermeiden, weil er leicht zu einer Verwischung des Unterschieds verleitet).

Ein Organ kann durch ein oder mehrere Organträger gebildet werden. Im letzteren Falle haben wir es mit einem Kollektivorgan zu tun, z. B. beim Jugendamtsausschuß.

γ). Dieser Organträger steht zu der juristischen Person, die er vertritt, in einem engen rechtlichen Verhältnis.[108]). Es ist nötig, schon hier das Verhältnis im allgemeinen zu erörtern, wenn es auch für den Berufsvormund im besonderen erst im nächsten Teil der Arbeit zur Darstellung kommt, weil es das Verständnis der Stellung des Organs und einiger im folgenden zu erwähnender Punkte erleichtert.

Der Inhalt dieses Verhältnisses zwischen Organträger und juristischer Person wird gebildet durch das Recht und die Pflicht des Organträgers zur Ausübung seiner Zuständigkeit und durch die Verpflichtung der juristischen Person, seine Handlungen als die ihren gelten zu lassen.

Neben diesem Organverhältnis[109]) besteht regelmäßig noch ein Rechtsverhältnis anderen Inhalts zwischen Organträger und der juristischen Person, das vom Standpunkt der juristischen Person aus

---

[105]) Siehe oben Anmerkung 93.

[106]) Kormann, § 7 Seite 904 versteht unter Repräsentanten eine besondere Art der Hilfspersonen. Dieser Begriff bleibt hier vollständig außer Betracht. Mit dem Wort „repräsentieren" soll hier nur das Wesen des Organs gekennzeichnet werden.

[107]) Georg Jellinek, Seite 562; Hatschek, Staatsrecht § 1 II Seite 27; Hans J. Wolff, 1. Bd. z. B. Seite 127. Seite 190 ff. spricht vielleicht richtiger aber weniger gebräuchlich von Organwalter.

[108]) Zum folgenden siehe Hans J. Wolff, 2. Bd. Zweiter Abschnitt, II. Kap. Juristische Theorie der Organschaft.

[109]) genauer aber schwerfälliger Organwalterverhältnis bei Hans J. Wolff a.a.O.

gesehen eine untergeordnete Bedeutung hat. Sein Gegenstand sind die Rechte und Pflichten, durch die der Organträger der juristischen Person seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt. Dazu gehören unter anderem Anspruch auf Entgelt, auf ein bestimmtes Amt, die Gehorsamspflicht gegen Vorgesetzte. Dieses dem Organverhältnis zu Grunde liegende Rechtsverhältnis ist verschieden gestaltet je nach den Formen, die der Staat wählt, um die Arbeitskraft einzelner Menschen zu gewinnen. Es ist eine Art arbeitsrechtliches Verhältnis, womit nichts über seine etwaige Eingliederung in das Arbeitsrecht als besonderer Rechtsdisziplin ausgesagt werden soll.

Es ist das Verdienst von Hans J. Wolff, erstmals den Unterschied zwischen Organverhältnis und unterliegendem— wofür hier der Ausdruck „zu Grunde liegendes" als in der Rechtssprache geläufigere Form gesetzt ist — Rechtsverhältnis herausgearbeitet zu haben.[110]) Andeutungen in dieser Richtung finden sich zwar auch sonst insbesondere im Beamtenrecht. Es wird von einem Außen- und Innenverhältnis gesprochen.[111]) Aber gerade diese Bezeichnung ist irreführend, weil die beiden Rechtsverhältnisse zwischen den gleichen Personen bestehen und sich nur durch ihren verschiedenen Inhalt unterscheiden. Die Trennung der beiden Verhältnisse ist keineswegs eine willkürliche Scheidung eines einheitlichen Rechtsverhältnisses; denn es kann das eine ohne das andere vorkommen (z. B. der Reichpräsident, Organ ohne Dienstverhältnis und umgekehrt, der Beamte im Ruhestand oder im Vorbereitungsdienst). Das wichtigste der in Betracht kommenden zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse ist das Beamtenverhältnis. Aber auch durch privatrechtlichen Dienstvertrag kann sich der Staat die notwendigen Arbeitskräfte verschaffen.[112]).

b.) Der Berufsvormund ist also, um es noch einmal zu betonen, Organ des Jugendamtes, und[113]) verrichtet als solcher öffentlichrechtliche Funktionen.[114]) Seine Zuständigkeit erschöpft sich in der Ausübung der vormundschaftlichen Obliegenheiten, deren Umfang oben beschrieben ist. Da er Organ und nicht Stellvertreter (Bevollmächtigter) des Jugendamtes ist, kann er bei allen vertretungsfeindlichen Rechtsgeschäften z. B. Annahme an Kindesstatt (§ 1750 BGB),

---

[110]) Im Privatrecht ist diese Rechtslage für Organe der juristischen Personen schon länger erkannt und verwertet worden, vgl. vor allem Staub, Anmerkungen zu § 232 insbesondere Anm. 21, wo ausgeführt ist, daß die Frage, ob das Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft sein Amt einseitig niederlegen kann, „sich nach dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis" richtet.

[111]) RG 106, 22; Otto Mayer, 2. Bd. § 42 II Seite 138 Brauchitsch VIII — Brand, Seite 6; vgl. insbesondere Köttgen, Seite 29, der bei dem auf Privatdienstvertrag Angestellten ein zweites öffentlichrechtliches Dienstverhältnis annimmt, das dem Organverhältnis entspricht.

[112]) Diese bisher bestrittene Frage ist für Preußen jetzt durch VO vom 18. 1. 1933 § 1 Nr. 3 gegen die Ansicht des Reichsgerichts entschieden, m. E. zu Recht aus dem oben (I 1) angegebenen Gründen.

[113]) Im Sinne des Strafrechts ist er Beamter. RGSt. 60, 311.

[114]) RG vom 22. 12. 1930 in Rbr VII, 275; OLG Jena vom 24. 2. 1932 in Rbr VIII, 235.

Einwilligung zur Ehelichkeitserklärung (§ 1728 BGB) mitwirken.

Aus den gleichen Gründen ergibt sich, daß entgegen der Ansicht des Preußischen Ministers des Innern [115]) die vom Berufsvormund abgegebenen Erklärungen keiner öffentlichen Beglaubigung in den Fällen bedürfen, in denen sie nach BGB formbedürftig sind (z. B. § 1706 Abs. II BGB), weil durch ihn die Behörde handelt, und Erklärungen einer Behörde nicht beglaubigt werden. Er ist also befugt, das Dienstsiegel beizusetzen. Seine Zuständigkeit dazu bestimmt sich nach dem Umfang der ihm übertragenen vormundschaftlichen Obliegenheiten. Sie hat nichts mit der ihm etwa nach § 43 Abs. II JWG übertragenen Beurkundungstätigkeit zu tun.

Die Amtsbezeichnung für das Organ des Berufsvormunds ist vom JWG nicht festgelegt. Die vielfach gebräuchliche Bezeichnung „Berufsvormund" ist jedenfalls der „beauftragte Amtsvormund" für eine theoretische Betrachtung vorzuziehen, weil letztere zu Irrtümern rechtlicher Art Anlaß gibt. Daneben kommt in der Praxis „Stadt- und Kreisvormund" vor.[116])

2). Wer kann nun Träger dieses Organs sein? Grundsätzlich ist jeder Mensch befähigt, Organträger zu sein, vorausgesetzt, daß er handlungsfähig ist. Die Rechtsordnung kann aber im Einzelfall noch weitere Erfordernisse aufstellen, z. B. Staats- oder Gemeindeangehörigkeit, besondere Vorbildung, Prüfung, Alter. Auch für den Berufsvormund sind bestimmte Voraussetzungen gegeben und zwar kommen drei Gruppen von Personen für dieses Amt in Betracht: Die Eignung der beiden ersten in § 32 JWG genannten Beamten und Mitglieder des Jugendamtes steht ohne weiteres fest, die der dritten, der in § 11 aufgeführten Personen und Personenmehrheiten ist bestritten. Im folgenden sollen die verschiedenen Voraussetzungen, an die die Befähigung zum Berufsvormund geknüpft sind, erörtert werden.

a.) In erster Linie kommen die Beamten des Jugendamtes in Betracht, mit denen auch in der Praxis am häufigsten die Stellen der Berufsvormünder besetzt sind. Wer als Beamter im Sinne dieser Vorschrift anzusehen ist, steht nicht fest und bedarf daher der Erörterung. Schon im allgemeinen Staats- und Verwaltungsrecht ist der Begriff des Beamten nicht vollständig geklärt. Man versteht darunter regelmäßig den Dienstverpflichteten einer öffentlichrechtlichen Körperschaft, der ihr durch ein besonderes Schutz- und Gewaltverhältnis eng verbunden ist.[117]) Aber im Einzelfall ist es oft recht zweifelhaft, ob die Bindung des Dienstverpflichteten so stark ist, daß man von einem Gewalt- und Schutzverhältnis sprechen kann

---

[115]) Runderlaß vom 20. 2. 1925 abgedruckt in Rbr. I/II, 30.

[116]) Siehe darüber Webler in ZBl. XVII, 19; Friedeberg-Polligkeit. Anm. 6 zu § 32 Seite 314 und Runderlaß des Pr.MinfVolksw. vom 17. 12. 1931 in Rbr VII, 290.

[117]) vgl. Brauchitsch VIII — Brand, Seite 6 auf Grund der oberstrichterlichen Rechtsprechung; im wesentlichen ebenso Otto Mayer 2. Bd. § 42, Seite 135, der das Wesen der öffentlichrechtlichen Dienstpflicht vor allem in der persönlichen Hingabe und Treuepflicht sieht.

[118]) vgl. darüber Brauchitsch VII — Brand, Seite 6 ff.

und deshalb der Arbeitnehmer als Beamter gilt.[118]) Wenn aber auch die Feststellung des Beamtenverhältnisses im Einzelfalle Schwierigkeiten bereitet, so besteht jetzt doch darüber kein Zweifel, daß es dem Gebiet des öffentlichen Rechts angehört.[119]) Der Beamte wird in Gegensatz gestellt zu den Arbeitnehmern, die dem Staat nur durch privatrechtlichen Dienstvertrag verpflichtet sind, den auf Privatdiensvertrag Angestellten oder kurzweg Angestellten.

Im § 32 JWG ist das Wort „Beamter" in einem abgeschwächten Sinne gebraucht. Dieser Bestimmung liegt offenbar nicht der allgemeine staatsrechtliche Beamtenstellung zu Grunde. Bei ihrer Schaffung ging man von der Vorstellung aus, daß man alle am Jugendamt hauptamtlich beschäftigten Kräfte für die Stellung des Berufsvormundes in Frage kämen, ohne Unterschied, ob sie in einem öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Dienstverhältnis ständen. Die Verfasser ließen sich vornehmlich von praktischen Gesichtspunkten leiten, wofür wir die Gründe bereits kennengelernt haben. Auch waren sie von dem Berufsvormund des alten Rechtes her, der ja nicht Staatsorgan war, nicht gewohnt, seinem dienstlichen Verhältnis zur Gemeinde große Beachtung zu schenken. Bei der Abfassung des § 32 kam es ihnen nur darauf an, festzusetzen, daß derjenige, der Berufsvormund werden sollte, hauptberuflich am Jugendamt beschäftigt sein müsse. Mehr sollte mit der Bezeichnung „Beamter" nicht gesagt werden. Damit wurde nur der Gegensatz zum Mitglied des Jugendamtes zum Ausdruck gebracht, das eine nebenamtliche Tätigkeit hat. Deshalb kann auch der auf Privatdienstvertrag Angestellte Berufsvormund werden.[120])

Es ist dabei zu beachten, daß es stets ein Beamter des Jugendamtes sein muß und kein Beamter oder Angestellter an einer anderen Gemeindebehörde, etwa des Wohlfahrtsamtes.

b). An zweiter Stelle nennt das Gesetz die Mitglieder des Jugendamtes, d. h. die des Ausschusses. Soweit ihm auch Beamte angehören, kann ihre Mitgliedschaft außer Betracht bleiben, da sie ja schon auf Grund ihrer Beamteneigenschaft Berufsvormund werden können. Die Bestimmung hat praktische Bedeutung nur für ehrenamtliche Mitglieder des Ausschusses. Aber in der Praxis werden sie nur selten zu Berufsvormündern bestellt, da ein Bedürfnis für ihre Mitwirkung nur in Ausnahmefällen besteht.[121])

---

[119]) Diese Erkenntnis vertieft und verwertet zu haben ist vor allem das Verdienst Wachs, § 8 IV Seite 95 ff und Labands, § 50 Seite 513.

[120]) Zu dem gleichen Ergebnis kommen Friedeberg-Polligkeit Anm. 6 zu § 32 Seite 314; Schwarz Seite 36; anderer Ansicht Brauchitsch IV, Anm. 2 zu § 32 JWG; Drews, Anm. 9 zu § 32; Blaum, Anm. 9 zu § 32; Fichtl, Anm. 8 zu § 32, die mit der Unterscheidung zwischen Beamten und privatrechtlichen Angestellten eine Unterscheidung in das Gesetz hineinbringen, die ihm fremd ist, obwohl sie sonst im Verwaltungsrecht zu Recht gemacht wird. Auf diese Weise wird der Sinn des Gesetzes entstellt und eine große Unsicherheit in die Praxis getragen.

[121]) z. B. kann es in ländlichen Bezirken erwünscht sein, daß für eine weit abgelegene Ortschaft nicht der am Sitz des Jugendamts tätige Beamte Berufsvormund ist sondern ein Ortsansässiger, etwa der in den Jugendamtsausschuß ge-

c). An dritter Stelle kommen Personen in Betracht, die dem Jugendamt nicht angehören. Der Fall wurde z. B. in Sachsen praktisch, wo vormundschaftliche Obliegenheiten auf Bürgermeister und Beamte der Bezirksgemeinden übertragen worden waren, ohne daß sie Mitglieder des Jugendamtes waren.[122]) Die Zulässigkeit dieses Vorgehens ist vielfach angezweifelt worden. Nun ist es zwar an sich möglich — wie wir gesehen haben —, daß irgend eine beliebige Person oder Personenmehrheit Organträger werden kann. Es fragt sich nur, ob dies dem Willen des Gesetzes entspricht. Es kommt also nicht darauf an, ob eine solche Regelung sich theoretisch rechtfertigen läßt, sondern ob sie gesetzmäßig ist.

Da als gesetzliche Grundlage § 32 nicht in Frage kommen kann, hat man versucht, die Uebertragung an außerhalb des Jugendamtes stehende Personen (im folgenden kurz Außenstehende genannt) auf Grund des § 11 JWG zu rechtfertigen. Dort ist allerdings vorgesehen, daß das Jugendamt Aufgaben oder Aufgabengebiete an Außenstehende übertragen kann; daß diese Uebertragung auch an besondere dem Jugendamt angegliederte Ausschüsse vorgenommen werden kann, darf hier außer Acht bleiben, da solche als Träger der Berufsvormundschaft aus praktischen Gründen nicht in Frage kommen sondern nur Vereinigungen und Einzelpersonen, die vollständig außerhalb des Amtes stehen.

Gehört aber die Amtsvormundschaft zu diesen nach § 11 übertragbaren Aufgaben? Das Gesetz selbst bestimmt nicht, welche Obliegenheiten unter § 11 fallen.[123]) Es dürfte schwierig sein, sie im Wege der Auslegung einwandfrei festzustellen. Bisher wurde als maßgebender Gesichtspunkt für die Grenzziehung die Einteilung in hoheitliche und nicht hoheitliche Aufgaben angesehen.[124]) Dagegen hat neuerdings das Bayerische Oberste Landesgericht [125]) Stellung genommen Nach der hier vertretenen Ansicht, nach der jene Unterscheidung in Bezug auf einzelne Aufgabengebiete nicht gemacht werden kann, ist die bisherige Auffassung gleichfalls abzulehnen. Doch scheint auch das Merkmal der Unübertragbarkeit, das das Bayerische Oberste Landesgericht seinerseits aufstellt, nämlich der höchstpersönliche Charakter, keine sichere Lösung zu gewährleisten. Es wird sich in der Praxis nicht immer einwandfrei entscheiden lassen, ob eine Obliegenheit höchstpersönlich ist. Von hier aus ist jedenfalls die Frage, ob

---

wählte Bürgermeister; oder für eine religiöse Minderheit könnte der dem Ausschuß angehörige Geistliche mit der Berufsvormundschaft betraut werden.

[122]) Siehe darüber die Erlasse des Sächs. ArbuWohlf. Min. vom 23. 3. 1931 und vom 5. 3. 1932.

[123]) LG Drtm. zieht daraus den Schluß, daß der Kreis der übertragungsfähigen Geschäfte vom Gesetz in keiner Weise beschränkt sei.

[124]) So vor allem Friedeberg-Polligkeit, Anm. 2 zu § 11, Anna Mayer, Seite 270; KG in JFG 8, 63; vgl. dazu auch Gutachten des Deutschen Vereins in ND 26, 36 „eine Reihe von Aufgaben trägt rein behördlichen Charakter und eignet sich deshalb überhaupt nicht oder nur in Ausnahmefällen zur Uebertragung".

[125]) in der Entscheidung vom 22. 2. 1933 in Bl. öff. Fürs. 33, 4/5.

die Amtsvormundschaft an Außenstehende übertragen werden kann, nicht zu lösen.

Theoretisch unmöglich ist es nicht. Dem Gesetzgeber hätte nichts im Wege gestanden, die Uebertragung an Außenstehende zuzulassen, aber er hat es nicht getan und zwar aus geschichtlichen und praktischen Erwägungen: Das Jugendamt ist aus der Amtsvormundschaft hervorgegangen, seine übrigen Aufgaben sind der Amtsvormundschaft als der Hauptaufgabe angegliedert. Sie ist auch jetzt noch nach Umfang und Bedeutung das Kernstück der jugendamtlichen Tätigkeit. Dem Jugendamt dieses wichtigste Aufgabengebiet entziehen, hieße ihm sein Rückgrat nehmen und damit seinen übrigen fürsorgerischen Aufgaben den natürlichen Zusammenhang und die Quelle ihrer Kraft. Dazu kommt, daß eine Herausnahme der Amtsvormundschaft aus dem Jugendamt diese sehr stark ihres behördlichen Charakters entkleiden und eine wirksame Einsetzung der behördlichen Kräfte verhindern würde. Man wende nicht ein, daß ja auch die Außenstehenden der Aufsicht des Amtes unterworfen sind. Es ist etwas ganz anderes, ob eine Aufgabe innerhalb der Behörde mit der dauernden Möglichkeit ihrer Leitung, Einwirkung und Aufsicht oder außerhalb mit einem immerhin schwachen Aufsichtsrecht ausgeübt wird.[126]) Es muß deshalb als ausgeschlossen gelten, daß der Gesetzgeber, der besonderen Wert darauf legte, das Jugendamt zum Träger der Amtsvormundschaft zu machen, gleichzeitig einen Weg eröffnet haben sollte, diese Obliegenheit an Außenstehende abzugeben. Der eigentliche Sinn der Amtsvormundschaft würde aufgehoben, wollte man sie aus dem dafür bestimmten Amt herausnehmen.

Dies Ergebnis trägt den Bedürfnissen der Praxis, insbesondere der freien Jugendwohlfahrt hinreichend Rechnung. Denn ihren Belangen genügt die Form der Vereins- oder Einzelvormundschaft. Ihnen dafür auch die Vorzüge einer amtlichen Stellung zu gewähren, ist weder in ihrem noch in dem Interesse der Betreuten geboten.

Aus diesen Gründen ist dem Ergebnis der herrschenden und vor allem von Friedeberg-Polligkeit[127]) vertretenen Ansicht zuzustimmen, daß die Uebertragung vormundschaftlicher Obliegenheiten auf Außenstehende nicht mit dem Gesetz in Einklang steht und deshalb unzulässig ist. Allerdings erscheint mir die Begründung nicht

---

[126]) Wenn auch die gleichen Gesichtspunkte in einem gewissen Umfang auf das Mitglied angewandt werden können, so ist zu bedenken, daß das Mitglied doch weit mehr als der Außenstehende in dem Amt verwurzelt ist und mit ihm in Fühlung bleibt, und außerdem die Uebertragung an Mitglieder nur als Ausnahmefall vorkommt.

[127]) Anm. 3 zu § 32, Seite 311 und Anm. 2 zu § 11 Seite 172. (Anders die erste Auflage Anm. 3a zu § 32). in Anm. 1 zu § 32 ist auf die allgemeine Bedeutung dieser Frage hingewiesen: „Mit dem Wesen der Amtsvormundschaft ist die Delegation nicht vereinbar."

Ebenso Schwarz Seite 35; Gutachten des Deutschen Vereins in ND 26, 36, b. Bestritten von Klumker, Seite 3 und Bäumer Anm. 5 zu § 32 Seite 109 und wohl auch Behrend Seite 234/5.

Wie hier Entschließung des bay. Stattsministeriums d. J. vom 4. 8. 1932 abgedruckt i. Rbr. VIII, 180.

unbedenklich, nämlich daß § 32 JWG gegenüber § 11 lex specialis sei, und deshalb die Anwendung des § 11 ausgeschlossen sein müsse. M. E. handelt es sich hier um die Regelung zweier gänglich verschiedener Fragen, sodaß sie nicht im Verhältnis von allgemeiner und besonderer Norm stehen können. Die Verschiedenheit liegt in dem Verhältnis der in den §§ 11 und 32 genannten Personen zum Jugendamt. Zwar werden sie beide Organ des Jugendamts. Aber infolge ihrer verschiedenen Stellung vor der Bestellung zum Organ ist auch das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis verschieden. Beamte und Mitglieder gehören schon unabhängig von ihrer Berufung zum Amt des Berufsvormundes dem Jugendamt an, während die Außenstehenden vorher noch in keine Beziehung zu ihm getreten sind. Daher handelt es sich bei dem Uebertragungsakt nach § 32 um einen Vorgang innerhalb der Behörde, bei dem nach § 11 um einen Vorgang, bei dem die Behörde nach außen wirkt.[128]) Dem entsprechend ist auch das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis verschieden. In § 32 ist es regelmäßig — und nur an den Regelfall ist gedacht — die Ausfüllung eines schon vorhandenen Rechtsverhältnisses. Es geschieht — wie im folgenden Teil der Arbeit noch eingehender zu zeigen ist — durch Weisung an einen Beamten innerhalb eines unabhängig von der Berufsvormundschaft bereits bestehenden Anstellungsverhältnisses. Dagegen handelt es sich im § 11 um Neubegründung eines Verhältnisses, nämlich die Erteilung eines öffentlichrechtlichen Auftrages.[129]) Nur daß für diese beiden ungleichartigen Vorgänge das Wort „Uebertragung" gebraucht ist, kann zu der Annahme verleiten, es handle sich um die gleiche Einrichtung.[130])

Nur in dem besonderen Falle der Uebertragung vormundschaftlicher Obliegenheiten auf ein Mitglied ist das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis ebenso wie im § 11 öffentlichrechtlicher Auftrag. Aber auch hier bleibt noch der Unterschied, daß sich die Beauftragung an eine schon dem Jugendamt eingegliederte Person richtet und daher einen Akt innerhalb der Behörde bildet.

Die Ausübung der vormundschaftlichen Obliegenheiten kann also nur Beamten oder Mitgliedern des Jugendamtes übertragen werden.

3). Es bleibt aber noch der Fall zu erörtern, daß kein Berufsvormund vorhanden ist. Dies kann vorkommen, wenn der Berufsvormund plötzlich — etwa durch Tod — wegfällt, ehe Ersatz be-

---

[128]) Wenn einmal eine Uebertragung nach § 11 an einen Beamten eines Jugendamtes vorgenommen werden soll, so bleibt seine bereits vorhandene Beziehung zur Behörde vollständig außer Betracht. Hier ist er auch Dritter wie jeder Außenstehende und seine Beamteneigenschaft ist dann nur eine reine Zufälligkeit.

[129]) über diesen Begriff siehe unten Anm. 139.

[130]) Wenn man freilich unter Uebertragung die Begründung des Organverhältnisses verstehen will — was aber im Gesetz nicht gemeint ist —, so würden die beiden Uebertragungsakte gleichartig sein. Mit dem Ausdruck „Uebertragung" wird aber im Gesetz ein umfassender Begriff verbunden, weil das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis mit einbezogen wird.

schafft ist, oder bei kleinen Jugendämtern auch, wenn überhaupt kein Berufsvormund bestellt worden ist. Wer hat in diesen Fällen die vormundschaftlichen Obliegenheiten wahrzunehmen? Dann steht es damit ebenso wie mit den anderen jugendamtlichen Aufgaben, daß sie vom Ausschuß zu erledigen sind, soweit nicht mit Sicherheit festzustellen ist, daß sie zu den laufenden Geschäften gehören und deshalb vom Vorsitzenden oder Leiter erledigt werden können. Die Unsicherheit, die durch die ungenügende reichsrechtliche Regelung entstanden ist, wirkt sich hier ganz besonders stark aus. Denn da die Amtsvormundschaft dauernd schwerwiegende Entscheidungen mit sich bringt, ist es in sehr vielen Fällen zweifelhaft, ob sie wegen ihrer Häufigkeit zu den täglichen Obliegenheiten der ausführenden Organe oder wegen ihrer Wichtigkeit zur Zuständigkeit des Ausschusses gehören. Da bei der Amtsvormundschaft die Möglichkeit geboten ist, durch Uebertragung der gesamten Obliegenheiten diese Schwierigkeit zu umgehen, empfiehlt es sich für die Praxis, dafür zu sorgen, daß stets ein beauftragter Berufsvormund vorhanden ist und womöglich noch ein zweiter, der ihn im Behinderungsfalle vertreten kann, wofür der Vorsitzende oder Leiter geeignet sein mag.[131]) Denn, wie oben festgestellt worden, ist es ja auch in Einzelfällen nicht zulässig, daß ein Berufsvormund vom Vorsitzenden bestimmt wird.

IV. Teil.

1). Erst jetzt, nachdem der Begriff der vormundschaftlichen Obliegenheiten und die Stellung der beiden beteiligten Parteien untersucht ist, kann an die Beantwortung der Frage herangegangen werden, wie die Uebertragung der vormundschaftlichen Obliegenheiten rechtlich aufzufassen ist.

Durch diesen Akt wird — wie sich aus dem vorigen Teile der Arbeit ergibt — dem (künftigen) Berufsvormund seine Zuständigkeit übertragen und damit das Organverhältnis begründet.

Welche Bedeutung kommt nun diesem Akt in Bezug auf das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis zu? Dieses Verhältnis kann schon vor der Uebertragung bestanden haben, kann aber auch erst mit ihr ins Leben gerufen werden. Weiterhin ist es für die rechtliche Beurteilung erheblich, ob die Uebertragung durch Befehl seitens des Jugendamtes oder im Wege gegenseitigen Einverständnisses geschieht.[132]) im ersten Falle handelt es um einen Verwaltungsakt, im zweiten um einen Vertrag.[133]) Zwar sind in beiden Fällen die Rechts-

[131]) Vgl. Webler in ZBl XVII, 19.

[132]) Zutreffend Schiedermair, Anm. 2 zu § 32 Seite 78 „ob eine Pflicht der Beamten und Mitglieder zur Uebernahme solcher Geschäfte besteht, bemißt sich nach ihrem dienstrechtlichen (öffentlich- oder privatrechtlichem) Verhältnis", ohne aber diese Frage zu beantworten.

[133]) Es wird hierbei nicht übersehen, daß die Frage, ob es überhaupt einen Vertrag im öffentlichen Recht gibt, äußerst bestritten ist.

Sie wird verneint von Otto Mayer, 2. Bd. § 43 I Seite 147; derselbe in AöR

folgen, auf die es hier ankommt, die gleichen, aber wenn auch der Unterschied in der Praxis nicht in Erscheinung treten mag, so ist er doch für die rechtliche Erfassung unentbehrlich, insbesondere zur Würdigung des Verhältnisses von § 32 und § 11.

a). Die Uebertragung erfolgt durch Befehl, wenn derjenige, der Berufsvormund werden soll, verpflichtet ist, dieses Amt anzunehmen. Das ist beim Mitglied niemals der Fall, beim Beamten fast immer. Wird er ausdrücklich angestellt, um die Tätigkeit eines Berufsvormunds zu übernehmen, so versteht sich seine Verpflichtung hierzu von selbst, aber auch wenn er nicht von vornherein als Berufsvormund angestellt worden ist, wird häufig der Umfang seiner Tätigkeit so bestimmt sein, daß auch vormundschaftliche Geschäfte darunter fallen. Es ist nicht nötig, daß dies ausdrücklich erwähnt wird. Es genügt vielmehr, wenn zu dem Aufgabengebiet, in dem er zu arbeiten hat, allgemein die Amtsvormundschaft gehört. Denn dann war von Anfang an damit zu rechnen, daß er auch zur Erledigung dieser Obliegenheiten herangezogen werden würde. Danach werden regelmäßig alle Beamten des Jugendamts, die gehobene Büroarbeit haben, verpflichtet sein, die Berufsvormundschaft anzunehmen. Während bei der Neueinstellung eines Beamten zum Berufsvormund die Begründung des Organverhältnisses und des ihm zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses zeitlich zusammenfallen, wird in den zuletzt erwähnten Fällen durch die Uebertragung nur das schon bestehende Beamten- oder Angestelltenverhältnis in einer bestimmten Richtung weiter ausgestaltet. Es handelt sich nicht um die Begründung neuer Rechtsbeziehungen. Der Beamte erhält hier von seiner vorgesetzten

3, 1 insbesondere S. 42, 79; Giese-Neuwiem-Kahn. Seite 40; Kormann, System Seite 30 ff insbesondere Seite 37; Preuß, Seite 77.

Bejaht vor allem von Laband, § 44, V Seite 434 und § 45 Seite 446 ff; Apelt; Fleiner, § 13 II, 1a Seite 192 und Seite 209; Friedrichs, Seite 396; Hatschek, § 2 II Seite 12 und § 35 III Seite 308/9. Koellreutter, Seite 267 Nr. 4; Kelsen § 17 B Seite 82 und § 39 D Seite 273 ff.

Eine Art Zwischenstellung nimmt Walter Jellinek § 11 II 2 Seite 249 ff mit seiner Lehre vom zweiseitigen Verwaltungsakt ein, die sich praktisch gesehen, der Vertragstheorie stark nähert.

Eine eingehende Erörterung würde hier zu weit führen. Gegen die den Vertragsbegriff verneinende Ansicht sei nur eines angeführt: Von ihren Anhängern wird die begriffliche Unmöglichkeit des Vertrags meist daraus abgeleitet, daß es an der Gleichstellung der Parteien fehle; der Staat sei dem Untertan übergeordnet und befehle ihm. Durch seine übergeordnete Stellung ist er aber doch nicht gezwungen, stets zu befehlen, er kann es, muß es aber nicht immer tun, sondern wird unter Umständen den Eintritt eines rechtlichen Erfolges nicht nur von seiner Willenserklärung abhängig sein lassen, sondern in gleichem Maße auch von der des Untertanen. Allerdings wird dies nicht die regelmäßige Form zur Erledigung seiner Verwaltungsgeschäfte sein; doch erscheint es mir kein hinreichender Grund, die Möglichkeit des Vertragsschlusses zwischen Staat und Untertan gänzlich zu verneinen.

Außerdem kann es aber auch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts Verträge zwischen Gleichgeordneten geben, die auch von Kormann als solche anerkannt werden, und zum Teil auch von Preuß, Seite 30 und 85. Dafür haben wir oben als Beispiele den Uebernahmevertrag zwischen 2 Jugendämtern (§ 39 JWG) und den Schiedsvertrag nach § 1025 ZPO kennen gelernt.

Dienstbehörde einen Befehl zur Regelung seiner Tätigkeit.[134]) Einen solchen Befehl innerhalb eines bestehenden Diensverhältnisses nennt man eine Weisung.[135]) Ihr ist wesentlich, daß sie einseitig von der Behörde erteilt und für den Beamten bindend ist.

b). Anders liegt es beim Mitglied und bei den Beamten, der für eine grundsätzlich vollständig andere Tätigkeit angestellt ist, z. B. der Kassierer oder an größeren Jugendämtern der Justitiar (doch ist bei diesem immerhin möglich, daß die Uebernahme einzelner rechtlich schwieriger Amtsvormundschaften[136]) generell zu seinem Arbeitsgebiet gehört). Sie sind nicht verpflichtet, vormundschaftliche Obliegenheiten zu übernehmen sondern tun es freiwillig. Es geschieht in der Weise, daß sie von der Behörde aufgefordert werden, diese Zuständigkeit auszuüben, und daß sie sich hierzu bereit erklären. Da dies unentgeltlich[137]) geschieht, handelt es sich um den Abschluß eines Auftrags, jedoch nicht eines privatrechtlichen sondern eines öffentlich-rechtlichen.[138]) [139]).

---

[134]) Damit kann auch ein Wechsel seiner vorgesetzten Dienstbehörde verbunden sein, nämlich dann, wenn er bisher noch nicht dem Jugendamt unterstanden (sondern etwa dem Wohlfahrtsamt) und zur Ausübung der amtvormundschaftlichen Tätigkeit von seinem Dienstherrn, der Gemeinde, dem Jugendamt überwiesen wird.

[135]) Vgl. Merkl, Seite 40 in ähnlichem Sinn, aber etwas weiterer Bedeutung spricht Otto Mayer, 1. Bd. § 9 III Seite 101 von Anweisung.

[136]) Wegen der Abgrenzung „rechtlich schwieriger Fälle" als Teilgebiet vermundschaftlicher Obliegenheiten siehe unten 4.

[137]) Das ist auch dann der Fall, wenn Mitgliedern eine Pauschalvergütung gewährt wird, weil sie nur als Auslagenersatz und Aufwandsentschädigung gedacht ist.

[138]) In dem rechtlich ähnlich gelagerten Falle des § 11 spricht Friederberg-Polligkeit, Anm. 4 zu § 11 Seite 173 zutreffend „von öffentlichrechtlichem Auftragsverhältnis"; vgl. dazu auch Drews, Anm. 1 zu § 11 Seite 36 und damit wörtlich übereinstimmend Gutachten in ND 26, 35 Abschnitt 1; vgl. namentlich Gutachten des Archivs deutscher Berufsvormünder in Rbr V, 65; „denn er (der Berufsvormund) handelt kraft einer öffentlichrechtlichen Delegation seitens des Jugendamts und nicht etwa als Beauftragter im Sinne des Zivilrechts." Anders Blaum, Anm. 12 und 13 zu § 32 S. 64.

[139]) Daß es den Begriff des Auftrags auch im öffentlichen Recht gibt, ist in einer gründlichen Untersuchung von Deutsch nachgewiesen, die den bisherigen meist kurzen Abhandlungen über diese Frage überlegen ist, weil sie weder den Begriff einfach aus dem Zivilrecht hinübernimmt, wie dies bei Otto Mayer, Theorie Seite 26 geschieht, noch von bestimmten einzelnen öffentlichen Rechtsverhältnissen ausgeht und diese als Auftrag stempelt, wie es Affolter tut und auch nicht ohne weiteres der Zuständigkeitsübertragung, (so Georg Jellinek, Seite 557 und Kormann, § 7, 2 S. 908) oder der Weisung innerhalb eines bestehenden Rechtsverhältnisses (so OVG VIII, 417) gleichsetzt, sondern den Begriff zunächst als allgemeine Rechtsnorm durch Auffindung seiner wesentlichen Merkmale gewinnt und dann seine Anwendbarkeit im öffentlichen Recht feststellt.

Dabei ist selbstverständlich die Vertragstheorie zu Grunde gelegt. Wer einen öffentlichrechtlichen Vertrag für unmöglich hält, kann auch keinen Auftrag als besondere Form des Vertrags anerkennen.

Als Ergebnis dieser Arbeit wird der Begriff des öffentlichrechtlichen Auftrags bestimmt als ein Vertrag, durch den sich eine natürliche oder juristische

2). Damit ist die Grundlage gewonnen, von der aus das Verhältnis des Jugendamts zu dem Berufsvormund im einzelnen bestimmt wird. Von hier aus ist insbesondere festzustellen, wieweit der Berufsvormund bei Ausübung seiner Zuständigkeit von der Behörde abhängig ist. Soweit sie ihm innerhalb des schon bestehenden Dienstverhältnisses durch Weisung übertragen ist, gilt für ihn das Gleiche wie für jeden Beamten und Angestellten. Es können ihm Anweisungen allgemeiner Art, Richtlinien, (z. B. Anlegung der Mündelgelder bei der Städtischen Sparkasse) gegeben werden und auch Vorschriften für die Bearbeitung des Einzelfalles (z. B. eine Amtsvormundschaft abzugeben oder auch zu übernehmen); denn der Berufsvormund ist wie jeder Verwaltungsbeamte an die Weisungen seiner vorgesetzten Behörde gebunden. Er darf nicht von allen ihm zustehenden Befugnissen einen unbeschränkten Gebrauch machen. Es kann sein, daß es ihm im Innenverhältnis zum Jugendamt nicht erlaubt ist, alle Handlungen selbständig vorzunehmen, die zu seiner Zuständigkeit gehören und daher, wenn er sie ausführt, gültig sind. So kann ein Berufsvormund, dem die Ausübung der gesamten vormundschaftlichen Obliegenheiten übertragen ist, angewiesen werden, unter irgendwelchen besonderen Umständen Abgabe- oder Uebernahmeerklärungen nach § 39 JWG nicht ohne Beratung im Ausschuß oder Zustimmung des Vorsitzenden abzugeben.

Das Jugendamt kann ihm die Zuständigkeit zur Ausübung der vormundschaftlichen Obliegenheiten auch in der gleichen Weise entziehen, wie sie sie übertragen hat, nämlich durch einseitigen Befehl, weil der als Berufsvormund tätige Beamte ebenso wie grundsätzlich jeder Beamte kein Recht auf ein bestimmtes Amt hat.[140])

Auch soweit die Uebertragung durch Auftrag erfolgt ist, kann sie jederzeit widerrufen werden, weil der öffentlichrechtliche Auftrag dem privatrechtlichen darin gleicht, daß er nur eine Pflicht des Beauftragten zur Geschäftsführung begründet aber kein Recht darauf.[141]) Diese Regelung ist namentlich bei Mitgliedern zweckentsprechend, weil sie nicht in so enger Verbindung mit dem Jugendamt stehen wie seine Beamten, und durch die dauernde Möglichkeit des Widerrufes die Uebereinstimmung ihrer Tätigkeit mit der Einstellung der Behörde gewährleistet wird. Diese Uebereinstimmung kann außerdem durch Weisung im Einzelfall und Mitteilung allgemeiner Richtlinien gefördert werden. Denn als Auftraggeber ist das Jugendamt berechtigt, seinem Beauftragten die Ausführung der übertragenen Geschäfte in bindender Weise vorzuschreiben.[142])

Das Ergebnis hinsichtlich der Abhängigkeit und der Widerruflichkeit ist also das gleiche bei Uebertragung durch Auftrag wie

Person einer öffentlichrechtlichen Körperschaft gegenüber verpflichtet, unentgeltlich eine ihm übertragene Zuständigkeit auszuüben.

[140]) Walter Jellinek, § 9 IV 4 d Seite 209.

[141]) Deutsch hält den öffentlichrechtlichen Auftrag nicht für frei widerruflich, hat dabei aber nur vom Gesetz geregelte Fälle im Auge, bei denen die Bindung des Auftraggebers auf einer positiven Bestimmung beruht.

[142]) Im Ergebnis ebenso — freilich ohne Berücksichtigung der verschiedenen Rechtslagen beim Beamten und Mitglied — Friedeberg-Polligkeit, Anm. 3 zu § 32

durchWeisung. Dies ist nicht befremdlich, weil es sich bei beiden Verhältnissen um Erfüllung der gleichen Aufgaben mit den gleichen Mitteln handelt und, abgesehen von der Begründung, nur die Frage des Entgelts verschieden geregelt ist. — Die Rechtslage kann ja auch im Zivilrecht die gleiche sein, wenn jemand dieselben Geschäfte durch einen Dienstverpflichteten und einen Beauftragten ausführen läßt —.

3). Auch in der Form unterscheiden sich die beiden Begründungsakte nicht von einander. Die Uebertragung kann stets formlos vollzogen werden.[143]) Jedoch wird der Praxis empfohlen, dem Berufsvormund eine schriftliche Bescheinigung über die erfolgte Uebertragung zu erteilen, damit er sich im Rechtsverkehr ausweisen kann und außerdem dem Vormundschaftsgericht von der Uebertragung Nachricht zu geben.[144]) Beides ist gewiß zweckmäßig, nur bleibt zu beachten, daß eine solche Bescheinigung niemals rechtsbegründende (konstitutive) Wirkung hat sondern lediglich rechtsbezeugende (deklatorische).[145]) Wo also bei einem Rechtsgeschäft festzustellen ist, ob der Berufsvormund auch in der Tat zur Vornahme einer bestimmten Handlung legitimiert ist, darf man sich nicht allein mit jener Bescheinigung begnügen sondern muß die Gültigkeit des Uebertragungsaktes selbst nachprüfen, wofür allerdings die in der Bescheinigung mitgeteilten Tatsachen, wie Beschluß des Jugendamtsausschusses, eine Unterlage geben können. Aus dieser Bescheinigung sollte sich insbesondere noch ergeben, ob dem Berufsvormund die vormundschaftlichen Obliegenheiten im Ganzen oder zum Teil übertragen sind.

4). Damit kommen wir bei der nunmehr gebotenen Erörterung von Einzelfragen zu einem weiteren für die Praxis recht wichtigen Punkt, der Teilübertragung.

Es ist nicht notwendig, daß die gesamte vormundschaftliche Tätigkeit in einer Hand vereinigt sei. In größeren Jugendämtern ist dies gar nicht möglich. Deshalb wird häufig einem Beamten nur ein Teil übertragen; gegen die Uebung bestehen an sich keine Bedenken. Nur muß, worauf in der Rechtsprechung[146]) und im Anschluß daran im Schrifttum[147]) hingewiesen ist, der abgegrenzte Teil bestimmt, mindestens eindeutig bestimmbar sein. Das kann geschehen, indem die Amtsvormundschaften nach Buchstaben, örtlichen Bezirken oder anderen Gesichtspunkten[148]) eingeteilt werden. Dagegen ist die Abgrenzung von „rechtlich schwierigen Fällen" vom Kammergericht[149]) mit Recht wegen ungenügender Bestimmtheit

Seite 312; Schiedermair, Anm. 2 zu § 32 Seite 78. Anderer Ansicht Behrend, Seite 234/5.

[143]) Friedeberg-Polligkeit, Anm. 3 zu § 32 Seite 311; anderer Ansicht Webler in ZBl XIX, 178.

[144]) Runderlaß des PreußMinfVolksw. vom 17. 12. 1931 in Rundbrief VII, 290/1.

[145]) Ebenso Friedeberg-Polligkeit, Anm. 3 γ Seite 312.

[146]) KG in JFG 3, 34 und Beschluß vom 20. 4. 1928 in Rbr IV, 50.

[147]) Friedeberg-Polligkeit, Anm. 3 zu § 32 S. 312; Webler in Zbl XIX, 178.

[148]) Siehe Blaum, Anm. 10 zu § 32 Seite 64.

[149]) Beschluß Anm. 146.

als unzulässig abgelehnt worden, während es die Uebertragung „einzelner Rechtshandlungen in vormundschaftlichen Angelegenheiten, bei denen die persönliche Anwesenheit des Vormunds erforderlich ist" als an Hand der einschlägigen Gesetzesstellen objektiv bestimmbar für genügend erklärt hat.[150])

Erfolgt eine solche Teilübertragung, so ist zu beachten, daß sich die Zuständigkeit des Beamten oder Mitglieds dann nur auf diesen übertragenen Teil bezieht. Deshalb kann er z. B. nicht einen andern Berufsvormund vertreten, dem nicht der gleiche Kreis oder Bezirk von Vormundschaften zugewiesen ist. Es müßte eine erneute Uebertragung beschlossen und ausgeführt werden. Geschieht eine Vertretung ohne dies, so sind die Handlungen des vertretenden Berufsvormunds nichtig, da er nicht zuständig war. Will man diese Schwierigkeiten vermeiden, so dürfte es das Einfachste sein, jedem Berufsvormund die vormundschaftlichen Obliegenheiten uneingeschränkt zu übertragen und nur durch interne Dienstanweisung ihre Arbeitsgebiete unter einander abzugrenzen.

Hierbei könnte eine Zuteilung der rechtlich schwierigen Fälle an einen besonderen Beamten erfolgen, weil die Anforderungen hinsichtlich der Bestimmbarkeit an die Dienstanweisungen weniger streng sind als an die nach außen wirkende Teilübertragung.

Mehere Berufsvormünder sind nicht etwa Mitvormünder im Sinne des BGB, noch können die Vorschriften über Mitvormünder auf sie entsprechend angewandt werden, weil eine Gleichartigkeit der Rechtslage nur scheinbar vorhanden ist. Die mehreren Berufsvormünder sind alle Organträger desselben Amtes und, soweit keine besondere Abgrenzung ihrer Befugnisse stattgefunden hat, alle in gleicher Weise zur Wahrnehmung der sich daraus ergebenden Befugnisse zuständig.[151]) Die Rechtslage entspricht der Besetzung des einen Amtes des Amtsrichters durch mehrere Richter; auch sie können jeder alle Handlungen, die zur Zuständigkeit des Amtsgerichtes gehören, vornehmen, dürfen es nur nicht auf Grund die Dienstanweisung (GVG § 22).

5) Eine weitere für die Praxis wichtige Frage ist, ob sich der Berufsvormund bei der Ausübung seiner Tätigkeit der Hilfe anderer Personen bedienen darf, oder ob er stets selbst handeln muß. Daß er nicht alle, auch untergeordnete Arbeit, wie Schreibarbeiten, selbst verrichten muß, leuchtet ohne weiteres ein. Wie weit darf er sich der Mitwirkung von Hilfspersonen bedienen?

Die Beantwortung dieser Frage ist nicht aus dem Auftragsrecht zu entnehmen, wo sie häufig gesucht wird,[152]) sondern aus dem Vormundschaftsrecht. Denn dies ist keine Frage, die allein beim Amtsvormund praktisch wird. Dasselbe Problem taucht nicht nur beim Amtsvormund sondern in gleicher Weise auch bei dem Einzelvormund auf und entspringt nicht dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis — was meist gar kein Auftrag ist — sondern dem Wesen

150) Beschluß vom 13. 2. 1931 in Rbr VI, 333.
151) So zutreffend KG vom 13. 2. 1931 in Rbr VI, 332.
152) z.B. Webler in ZBl XIX, 177/8.

des vormundschaftlichen Amtes. Es kommt also gar nicht darauf an, ob die Vorschrift des BGB über Substitution (§ 664) auch im öffentlichen Recht anwendbar ist, sondern welche Regelung für den Einzelvormund und damit auf Grund des § 33 JWG auch für den Amtsvormund gegeben ist.

Nun ist zwar im BGB darüber nichts ausdrücklich bestimmt, doch sind sich Rechtsprechung und Schrifttum im wesentlichen darüber einig, daß der Vormund die Ausführung seiner vormundschaftlichen Geschäfte Dritten nur insoweit überlassen darf, als sie nicht nach „verständiger Würdigung ihrer Natur den persönlichen Entschluß des Vormunds fordern."[153]) Der Kreis dieser Aufgaben geht also über die vertretungsfeindlichen Geschäfte hinaus. Namentlich wird man dem Vormund nicht gestatten können, die persönliche Fürsorge, insbesondere den Verkehr mit dem Mündel und seiner Mutter, vollständig Dritten zu überlassen.[154]) Freilich hat ein Verstoß hiergegen regelmäßig keine rechtlichen Folgen, weil es sich um tatsächliche Vorgänge handelt, während die unzulässige Abgabe von rechtsgeschäftlichen Handlungen an Dritte die Unwirksamkeit des Geschäfts zur Folge hat. (§ 177 ff BGB, Vertreter ohne Vertretungsmacht).

Man wird einwenden, daß es dem Beamten ja gar nicht möglich sei, sämtliche Vormundschaften in dieser Weise zu führen, sondern gerade der persönliche Verkehr muß weitgehend von untergeordneten Kräften, Beamten des Außendienstes, wahrgenommen werden. Das persönliche Tätigwerden des Berufsvormundes in allen Einzelfällen ist auch nicht nötig und folgt keineswegs aus dem eben festgestellten Grundsatz. Denn die Beamten und Angestellten des Jugendamtes sind nicht Dritte in diesem Sinne. Die Behörde kann auch ihre anderen Organe zur Mitarbeit bei der Durchführung jeder einzelnen Amtsvormundschaft heranziehen, soweit dies nach allgemeinen Grundsätzen möglich ist; denn das Jugendamt bleibt auch nach Uebertragung der vormundschaftlichen Obliegenheiten Inhaber der Amtsvormundschaft, — wie nachher noch gezeigt wird —. Jene Grenze gilt nur für die Mitwirkung Dritter, das bedeutet hier außerhalb des Amtes stehender Personen, die nicht Organ sind.

Die Unzulässigkeit der Ausführung der Vormundschaft durch Dritte gilt auch für das Mitglied. Auch diesem können andere Organe des Jugendamts unterstützend zur Seite treten.

Dagegen ist eine bestimmte Art, wie in der Praxis die Ausübung der Berufsvormundschaft durch Mitglieder erfolgt ist, für unzulässig zu erachten. So ist es in Münster [155]) eine Zeit lang geschehen, daß Vorständen von Vereinen in ihrer Eigenschaft als Ausschußmitgliedern Amtsvormundschaften übertragen wurden, und diese sie von ihrem Verein bearbeiten ließen. Praktisch gesehen führte also nicht

---

[153]) Warneyer, Anm. III zu § 1793 im Anschluß an die Entscheidung des KG 38, 34 und er fährt fort „dazu gehören jedenfalls diejenigen Geschäfte, zu denen der Vormund der Genehmigung bedarf". Im Ergebnis ebenso RGRKom. Anm. 2 zu § 1793 und Dernburg, § 113 IV Seite 395.

[154]) KG 38, 36.

[155]) Siehe darüber ND 26, 36.

das Mitglied sondern der Verein die Vormundschaft. Das ist auch deshalb unzulässig, weil es eine Umgehung des Verbots der Uebertragung von Amtsvormundschaften an Außenstehende bedeutet; denn auch durch diese Art der Herausnahme einzelner Vormundschaften aus dem Bereich der Behörde wird das Wesen der Amtsvormundschaft ausgehöhlt.

6). An letzter Stelle ist noch die Stellung des Berufsvormundes nach außen zu erörtern, die sich nun von selbst ergibt. Es ist nicht richtig, ihn selbst als den Vormund des Amtsmündels zu bezeichnen. Denn daran ist festzuhalten, daß Vormund stets die Gemeinde (oder Gemeindeverband) ist, die das Jugendamt errichtet hat. Das Jugendamt ist nur Behörde und kann mangels eigener Rechtspersönlichkeit nicht Vormund sein. Gewiß wäre es möglich gewesen, durch Gesetz entgegen dem bisherigen Recht und der überkommenen Anschauungsweise auch eine Behörde zum Vormund zu machen.[156]) Aber eine solche Durchbrechung vorhandener Rechtseinrichtungen liegt trotz des Wortlauts des § 32 Satz 1 „das Jugendamt wird Vormund —“ nicht in der Richtung des Gesetzes.

Aus dieser Rechtslage folgt aber nicht, daß andere Organe der Errichtungsgemeinde als das Jugendamt, etwa der Bürgermeister, vormundschaftliche Obliegenheiten ausüben können, weil ja die Zuständigkeit des Jugendamts eine ausschließliche ist.

Auch diejenigen, die das Jugendamt als Vormund ansehen, ziehen gar nicht alle Folgerungen aus dieser Behauptung. Vor allem wenden sie die Vorschriften über Organhaftung öffentlichrechtlicher Körperschaften an, insbesondere Art. 131 RV.[157])

Da das Jugendamt aber bei Ausübung der Amtsvormundschaft grundsätzlich von den übrigen Gemeindeorganen unabhängig ist, bestehen keine Bedenken gegen den allgemeinen Sprachgebrauch, der das Jugendamt als Vormund bezeichnet, wenn es auch eine rechtlich nicht ganz einwandfreie Ausdrucksweise ist, und ganz genau heißen müßte: Vormund ist die Gemeinde vertreten durch ihr Organ, das Jugendamt.

Wie wir gesehen haben, handelt das Jugendamt als Vormund auch regelmäßig nicht selbst, sondern durch seine hierzu besonders bestellten Organe. Diese treten insoweit anstelle des Jugendamts. Es ist daher zutreffend, daß, wie Bäumer[158]) behauptet, der Satz 3 des § 32 überflüssig ist. Er ist sogar irreführend; denn — wie wir gesehen haben — ist ja nicht eigentlich der Berufsvormund der Vor-

---

[156]) Insofern richtig Bäumer, Anm. 1 zu § 32 Seite 104/5, wo aber bei der folgenden Begründung Person und Organ verwechselt ist. Vgl. dazu Schwarz, Seite 31.

Die herrschende Ansicht vertritt diesen Standpunkt für das geltende Recht und sieht das Jugendamt als Vormund an, so Friedeberg-Polligkeit, Anm. 2a zu § 9 Seite 139; Fichtl, Anm. 2 zu § 32 Seite 40; Garbe, Seite 16; Schwarz, Seite 31; nicht eindeutig die Stellung Schiedermairs, Anm. 1 zu § 32 Seite 77.

[157]) Siehe Friedeberg-Polligkeit, Anm. 13a γ zu § 33 Seite 330 ff; Garbe, Seite 33 und 40 ff ausführlich über die Frage der Haftung.

[158]) Anm. 5 zu § 32 Seite 108.

mund, sondern das Jugendamt. Der Berufsvormund ist Organ des Vormunds und als solches zur Vertretung befugt.

Daher hat auch im Rechtsstreit der zuständige Berufsvormund als zur Prozeßführung berufenes Organ die gleiche Stellung wie ein gesetzlicher Vertreter [159]). Daraus folgt, daß er gegebenen Falles den Parteieid zu leisten hat aber nicht Zeuge sein kann. [160]) [161])

Da die Übertragung der vormundschaftlichen Obliegenheiten auf den Berufsvormund keine Loslösung der Aufgaben vom Amt bedeutet, so ändert sich auch dadurch nichts an dessen Stellung als Amtsvormund [162]). Deshalb ist das Jugendamt auch neben dem Amtsvormund noch befugt, amtsvormundschaftliche Geschäfte wahrzunehmen, in der gleichen Weise, wie wenn kein Berufsvormund vorhanden ist [163]).

Soweit in diesen Fällen der Vorsitzende oder Leiter zur Erledigung der vormundschaftlichen Obliegenheiten befugt ist, bleibt er es auch nach erfolgter Übertragung. Weshalb diese Befugnis des Vorsitzenden nach der Ansicht des Preußischen Ministers für Volkswohlfahrt [164]) hier ausgeschlossen sein soll, ist nicht ersichtlich.

Im Rechtsverkehr vertritt der Berufsvormund (als Organ) das Jugendamt und dieses als Vormund den Mündel. Hiernach müßte die genaue Angabe im Rubrum einer Klage lauten: Mündel A, vertreten durch seinen Vormund, das Jugendamt X, dieses vertreten durch seinen Berufsvormund N.N. [165]).

Diese Ausführungen dürften erweisen, daß die Schwierigkeiten bei der Beurteilung der Übertragung vormundschaftlicher Obliegenheiten nicht so sehr in der Sache selbst als in der ungenügenden formellen Behandlung des Gesetzes liegen. Immerhin erscheint es möglich, im Sinne der Verfasser des Gesetzes und des Gesetzes selbst zu Lösungen zu gelangen, mit denen die Praxis sich abfinden kann.

---

[159]) vgl. Stein-Jonas, Vorbem. I 3 vor § 373 und Seuffert-Walsmann, Vorbem. 3 vor § 373.

[160]) Im Ergebnis ebenso Friedeberg-Polligkeit, Anm. z § 32 Seite 315; Schiedermair, Anm. 2 zu § 32 Seite 78 A.A. Behrend, Seite 233.

[161]) vgl. dazu auch RG 45, 427. Dort ist ausgeführt, daß in den Fällen, in denen eine juristische Person des öffentlichen Rechts durch eine Kollegialbehörde vertreten wird, alle Kollegialmitglieder wie gesetzliche Vertreter zu behandeln seien. Das bedeutet auf die Amtsvormundschaft angewandt, daß alle Ausschußmitglieder den Parteieid, aber nie den Zeugeneid leisten können. A.A. Friedeberg-Polligkeit 1b α zu § 32. Seite 306.

[162]) Zutreffend Fichtl, Anm. 5 zu § 32 Seite 41.

[163]) Siehe dafür ein Beispiel in dem Gutachten des Archivs Deutscher Berufsvormünder in Rbr VIII, 33.

[164]) Siehe Schreiben vom 19. 1. 1931 in Rbr VII, 71 und ebenso Runderlaß vom 17. 12. 1931 in Rbr VII, 288; Friedeberg-Polligkeit Anm. 8a zu § 32 Seite 316 und Webler in ZBl XIX, 178.

[165]) Es erscheint ungenau, das Jugendamt wegzulassen, wie dies z. B. bei Garbe S. 27 geschieht und beruht auf einer Verkennung der Rechtslage, daß der Berufsvormund nur Organ des Vormunds nicht selbst Vormund ist. Wie hier Behrend, Seite 236; nicht ganz eindeutig die Stellung von Friedeberg-Polligkeit, Anm. 9 zu § 32, Seite 316.

Verzeichnis der benutzten Schriften:

A) Kommentare, Lehrbücher, Aufsätze usw.

Affolter, Das Mandat im öffentlicher Recht. in AöR 30, 538—547.

Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs. 14. Aufl. 1933 Berlin.

Apelt, Der verwaltungsrechtliche Vertrag. Leipzig 1920.

Baumbach, Zivilprozeßordnung. 5. Aufl. 1930. Berlin.

Bäumer-Hartmann-Becker (angeführt: Bäumer), Das Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt. Berlin 1923.

Behrend, Das Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt. 1925, Berlin u. München.

Bitter, Handwörterbuch der preußischen Verwaltung. 3. Aufl. 1928, Berlin u. Leipzig.

Blaum-Riebesell-Storck (angeführt: Blaum), Reichs-Jugendwohlfahrts-Gesetz 1923 Mannheim, Berlin u. Leipzig.

Blumenthal, Die rechtliche Stellung des Jugendamts innerhalb der städtischen Verwaltung in ZBl XIX, 266.

Brauchitsch, IV. Bd., Verwaltungsgesetze für Preußen, 17. Aufl. 1926 Berlin.
(angeführt: Brauchitsch IV), VIII. Bd. Beamtenrecht, 1930.
(angeführt: Brauchitsch VIII — Brand).

Dernburg, Das bürgerliche Recht. 3. Aufl. 1906, Halle a. S.

Dernburg (angeführt: Dernburg Pandekten), Pandekten. 1884 Berlin.

Deutsch, Der Auftragsvertrag im Verwaltungsrecht. Frankfurter (M.) Dissertation im Manuskript.

Drews, Jugendwohlfahrt. 2. Aufl. 1928, Berlin u. Leipzig.

Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I. Bd. 13. Bearbeitung 1931 Marburg.

Fichtl, Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt. 1926 München.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Aufl. 1929/30, Tübingen.

Friedeberg-Polligkeit, Das Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt. 2. Aufl. 1930 Berlin. 1. Aufl. 1923 Berlin.

Friedrichs, Der allgemeine Teil des Rechts. In Hirths Annalen 1917, 385 ff.

Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts. 8. Aufl. 1928 Tübingen.

Garbe, Die rechtliche Stellung des Jugendamts im Vormundschaftswesen. Dissertation 1930, Breslau.

Giese-Neuwiem-Cahn, Deutsches Verwaltungsrecht. 1930, Berlin u. Wien.

Hatschek, Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. 7. u. 8. Aufl. 1931 Leipzig.

Hatschek (angeführt: Hatschek, Staatsrecht), Deutsches und Preußisches Staatsrecht. 1. Bd. 2. Aufl. 1930 Berlin.

Heß, Jugendwohlfahrtsrecht. 1926 München.

Hue de Grais, Handbuch der Verfassung und Verwaltung. 23. Aufl. 1926 Berlin.

Jellinek, Georg, Allgemeine Staatslehre. 3. Aufl. 1929 Berlin.

Jellinek, Walter, Verwaltungsrecht. 3. Aufl. 1931 Berlin.

Kelsen, Allgemeine Staatslehre. 1925 Berlin.

Kelsen (angeführt: Kelsen AöR), Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft. In AöR 31, 51 ff. u. 190 ff.

Kipp-Wolff, Lehrbuch d. Bürgerlichen Rechts von Enneccerus. IV. Bd. 7. Bearbeitung 1931 Marburg.

Klumker, Die Uebertragung vormundschaftlicher Obliegenheiten beim Jugendamt. (§ 11 und 32 RJWG) in ZBl XIX, 3.

Koellreutter, Oeffentliches Recht in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 4. Bd. S. 265.

Kormann, Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts in Hirths Annalen 1911, 850 ff. u. 904 ff. und 1912, 36 ff.

Kormann (angeführt: Kormann, System), System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. 1910 Berlin.

Köttgen, Grundsätzliches zum Recht der Beamtenstellung in Zeitschrift für Selbstverwaltung 1929, 25.

Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs. 5. Aufl. 1911, Tübingen.

Ledermann, Die Städteordnung für die sechs östlichen Provinzen der Monarchie. 2. Aufl. 1913 Berlin.

Maaß, Die Selbstverwaltung in Deutschland. Bonn 1928.

Mayer, Anna, Die Uebertragbarkeit der Aufgaben des Jugendamts in ZBl. XXIII, 269.

Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht. 3. Aufl. 1924, München und Leipzig.

Mayer, Otto (angeführt: Mayer, Theorie) Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, 1886 Straßburg.

Mayer, Otto (angeführt: Mayer AöR) Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage in AöR 3, 1 ff.

Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927 Wien und Berlin.

Polligkeit-Blumenthal, Das Preußische Ausführungsgesetz zum Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt. 2. Aufl. 1930 Berlin.

Preuß, Das städtische Amtsrecht in Preußen. 1902 Berlin.

Reinert-Emrich, Gemeindeverfassungsgesetz für die Stadt Frankfurt a. M. 1927 Frankfurt a. M.

Reichsgerichtsräte-Kommentar (angeführt: RGR. Komm.) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 6. Aufl. 1928 Berlin u. Leipzig.

Rothschild, F. Jugendamt und Vormundschaftsgericht, in Fürsorge als persönliche Hilfe, Festgabe für Klumker S. 168 ff. 1929 Berlin.

Rothschild, F. Ist in Preußen der auf Privatdienst-Vertrag angestellte beauftragte Amtsvormund Beamter im Sinn des pr. Gesetzes von 1899, in ZBl. XXI, 230 ff.

Rothschild, F. Der Uebergang der gestzlichen Amtsvormundschaft nach § 39 RJWG, in ZBl XX, 146 ff.

Schiedermair, Das Jugendwohlfahrtsgesetz und das Bayr. Jugendamtsgesetz. 1926 München, Berlin und Leipzig.

Schwarz, Die Neuregelung der Berufsvormundschaft durch das Reichsjugendwohlfahrtsgesetz unter besonderer Berücksichtigung der Organe der Amtsvormundschaft und ihrer Haftung. Dissertation 1931 Tübingen.

Seuffert-Walsmann, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 12. Aufl. 1933 München.

Sierigk, Die rechtliche Stellung des Jugendamts innerhalb der städtischen Verwaltung in ZBl XIX, 265.

Siméon-David, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich. 15. Aufl. 1929 Berlin.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12. u. 13. Aufl. 1926 Berlin u. Leipzig.

Stein-Jonas, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 14. Aufl. 1929 Tübingen.

Stein (angeführt: Stein) Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung 1912 Tübingen.
Wach, Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts. 1885 Leipzig.
Webler, Zur Uebertragung der vormundschaftlichen Obliegenheiten nach § 32 RJWG in ZBl XIX, 176.
Webler, Besoldung und Amtsbezeichnung der Amtsvormünder in ZBl XVII, 18.
Wolff, Hans J. Organschaft und Juristische Person, 1. Bd. Juristische Person und Staatsperson. 1933 Berlin. 2. Bd. Theorie der Vertretung im Manuskript.
Wolff, Martin Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts von Enneccerus, III. Bd. 9. Bearbeitung 1932 Marburg.

B) Sammlungen von Entscheidungen und Zeitschriften.

AöR Archiv des öffentlichen Rechts.
Bl. öff. Fürs. Blätter für öffentliche Fürsorge.
Hirths Annalen Annalen des Deutschen Reichs.
JFG Jahrbuch für Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
JW Juristische Wochenschrift.
KG Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts.
ND Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge.
OVG Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts.
PBl Preußisches Verwaltungs-Blatt.
Rbr Rundbriefe des Archivs Deutscher Berufsvormünder.
RG Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RGSt Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen .
Volkswohlfahrt Amtsblatt des Preußischen Ministeriums für Volkswohlfahrt.
Zeitschrift für Selbstverwaltung.
ZBl Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt.

Verzeichnis der angeführten Gesetze.

a) Reichsgesetze

EG BGB Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
EG JWG Einführungsgesetz zum Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt.
EG ZPO Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung.
GVG Gerichtsverfassungsgesetz.
JWG Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt.
RV Verfassung des Deutschen Reichs.
StGB Strafgesetzbuch.
ZPO Zivilprozeßordnung.

b) Landesgesetze

AG JWG (Preußen) Ausführungsgesetz zum Reichsjugendwohlfahrtsgesetz.
Badische Ausführungsverordnung zum Reichgesetz für Jugendwohlfahrt.
Frankfurter Gemeindeverfassungsgesetz (Preußen) von 1867.
Fluchtliniengesetz (Preußen) von 1878.
Jugendamtsgesetz (Bayern) Gesetz zur Ausführung des Reichsgesetzes für Jugendwohlfahrt.
Städteordnung für die 6 östlichen Provinzen von 1853 (Preußen).
Verordnung zur Abänderung der Ersten Sparverordnung v. 12. XI. 1931, Vom 18. I. 1933 (Preußen).

Lebenslauf.

Am 19. Dezember 1906 wurde ich zu Frankfurt a. M. als Tochter des Amtsgerichtsrats Dr. Felix Rothschild geboren. Nach Ablegung der Reifeprüfung an der Schillerschule zu Frankfurt a. M. zu Ostern 1927 studierte ich 7 Semester Rechtswissenschaft an den Universitäten Freiburg i. B., Berlin, München, Heidelberg und Frankfurt a. M. Am 19. Dezember 1930 bestand ich am Oberlandesgericht Frankfurt a. M. die erste juristische Staatsprüfung und wurde zur Gerichtsreferendarin ernannt. Als solche war ich am Amtsgericht Bad Schwalbach, am Land- und Amtsgericht Frankfurt a. M. und bei der Staatsanwaltschaft in Hechingen tätig. Im August 1933 wurde ich auf Grund des § 3 des Reichsgesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 7. 4. 33 entlassen.

Nora Rothschild.